

CIBELE STEFANI BORGHETTI

**PESSOA E PERSONALIDADE HUMANAS:
UMA REFLEXÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA DO SEU RECONHECIMENTO E
PROTEÇÃO JURÍDICOS, NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA RELAÇÃO JU-
RÍDICA E DAS TEORIAS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

CURITIBA

2006

PESSOA E PERSONALIDADE HUMANAS:
UMA REFLEXÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA DO SEU RECONHECIMENTO E
PROTEÇÃO JURÍDICOS, NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA RELAÇÃO JU-
RÍDICA E DAS TEORIAS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

por

CIBELE STEFANI BORGHETTI

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela banca formada pelos seguintes professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Faculdade de Direito, UFPR

Curitiba, 10 de janeiro de 2006

SUMÁRIO

RESUMO	vi
RESUMÉ	vii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I - GÊNESE E EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DA PESSOA PELO DIREITO: A NOÇÃO PATRIMONIALISTA DO SUJEITO DE DIREITO	11
CAPÍTULO 1 - GÊNESE E IDEALIZAÇÃO DA NOÇÃO DE PESSOA HUMANA	11
1.1 ANTIGUIDADE.....	11
1.1.1 Direito grego	13
1.1.2 Direito Romano	16
1.2 DESIGUALDADE E PARTICULARISMO	24
1.2.1 Idade Média	25
1.2.2 Racionalismo (absolutismo – séculos XI a XIV)	33
1.2.3 Pessoa e personalidade: pensamento filosófico-jurídico medieval	45
1.3 IGUALDADE E GENERALIDADE	48
1.3.1 Liberalismo: individualismo	49
a) Direitos originários (séc. XV a XVI)	54
1.3.2 Jusracionalismo: idealização	59
1.3.3 Codificação: concretização	71
a) Dicotomia: público e privado	76
CAPÍTULO 2 - CONSTRUÇÃO DA NOÇÃO GERAL E ABSTRATA DE PESSOA	80
2.1 SISTEMATIZAÇÃO CIENTÍFICA	80
2.1.1 Código Civil francês	82
2.1.2 Código Civil alemão: a pandectística e o direito científico	85
2.2 A RELAÇÃO JURÍDICA	91
2.2.1 Direitos subjetivos	94
2.2.2 O sujeito de direito: a pessoa humana no aspecto técnico operativo	100
2.2.3 Objeto: coisa e sujeito	103
2.3 DIREITO PRIVADO: PATRIMONIALIZAÇÃO E DESUMANIZAÇÃO	105
2.3.1 Direitos patrimoniais	107
2.3.2 Personalidade jurídica	112

a) Igualdade e liberdade jurídico-formais	115
CAPÍTULO 3 - DIREITO BRASILEIRO: O CÓDIGO CIVIL DE 1916	119
3.1 AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	120
3.1.1 Humanização	123
3.1.2 Direitos patrimoniais	126
3.2 CLOVIS BEVILAQUA	130
3.2.1 Sistematização	131
3.2.2 Sujeito do direito: a pessoa segundo conceito normativo	134
3.2.3 Direitos patrimoniais	138
3.3 CODIFICAÇÃO: PERFIL OITOCENTISTA	141
PARTE II – A RECONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE PESSOA PELO DIREITO e A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PERSONALIDADE HUMANA	145
4.1 DESIGUALDADE E PARTICULARISMO	145
4.2 A OFENSIVIDADE AO HOMEM	151
4.3 A MUDANÇA DE EIXO E A CONCRETUDE DO DIREITO	154
4.3.1 Descodificação e feudalização: igualdade material	154
4.3.2 Constitucionalização e a unidade do direito	161
4.4 PESSOA E PERSONALIDADE HUMANAS: SUJEITO E OBJETO	166
4.4.1 A pessoa humana na dimensão existencial	166
4.4.2 A personalidade humana como objeto jurídico	169
a) Personalidade: definição	170
b) Conteúdo como bem jurídico	181
CAPÍTULO 5 - SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	188
5.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE TIPIFICADOS	189
5.1.1 Fundamentos: positivismo jurídico	193
5.1.2 Tutela bipartida: direito público e direito privado	195
a) Direito público	198
b) Codificações oitocentistas	202
b.1) Código Civil alemão	204
b.2 Código Civil francês	209
b.3 Código Civil de Seabra	211
b.4 Código Civil italiano	214
b.5 Código Civil brasileiro de 1916	216
c) Ampliação na tipificação: leis extravagantes	221

5.1.3 Natureza jurídica	225
5.1.4 CLASSIFICAÇÃO	234
5.1.5 DECADÊNCIA	237
5.2 DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE	240
5.2.1. Nascimento	241
5.2.2. Renascimento	248
a) Fundamentos: objeto unitário	249
b) Natureza jurídica	250
c) Direito comparado	255
c.1 Alemanha	255
c.2 Itália	260
c.3 Portugal	263
c.4 Suíça	265
c.5 França	266
d) Direito nacional	268
CAPÍTULO 6 - RESSISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO DE PERSONALIDADE	269
6.1 A UNIDADE: O DIREITO GERAL E OS DIREITOS ESPECIAIS	272
6.2 FUNDAMENTO	275
6.3 NATUREZA JURÍDICA	280
6.4 INSTRUMENTALIZAÇÃO	286
6.5 POSSIBILIDADE FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO	291
CONCLUSÃO	297
REFERÊNCIAS	306

RESUMO

O presente trabalho objetivou verificar, por um enfoque histórico-dogmático, a partir da reflexão sobre as diferentes noções atribuídas juridicamente à pessoa, o momento e as razões pelas quais o Direito estendeu proteção à personalidade humana. Verificar a higidez das teorias pelas quais foi sistematizada sua tutela. Cogitar da possibilidade de uma ressystematização. Foi utilizado o referencial teórico da Teoria da Relação Jurídica de Savigny, destacando o perfil patrimonialista e normativista pelo qual a pessoa foi relevada na modernidade, segundo o enfoque do processo de sistematização jurídica e científica e de codificação. Foi evidenciada a reconstrução da noção de pessoa segundo uma dimensão existencial, pela quebra dos paradigmas modernidade e pela descoberta da personalidade humana como bem juridicamente relevante. Foi demonstrado que as categorias jurídicas da modernidade serviram de base à construção e fundamentação dos direitos de personalidade. Foi abordada a sistematização jurídica dos direitos de personalidade segundo o enfoque da Teoria do Direito Geral de Personalidade e da Teoria Tipificadora. Há a necessidade de ressystematização dos direitos de personalidade por uma teoria preocupada com a personalidade humana como bem jurídico unitário, segundo o enfoque da repersonalização e constitucionalização do direito e da unidade da ordem jurídica. A proteção da personalidade humana somente vai ser alcançada por um direito matriz complementado por direitos especiais de personalidade; e pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana, instrumento de articulação entre os direitos fundamentais do homem e os direitos de personalidade. A atual configuração do direito brasileiro possibilita a acolhida dessa ressystematização.

ABSTRACT

The present work had the aim of verifying, considering a dogmatic historical approach, from the reflection on the different knowledge juridically attributed to the person, the moment and the reasons for which the right extended protection to the personality of the human being. To verify the rigidity of the theories for which was systemize its guardianship. To cogitate possibility of a re- systematization. The theoretical reference of Savigny's theory of juridical relation was used highlighting the patrimonialistic and normativistic profile in which the person was valued in modernity, according to the approach of the process of juridical and scientific systematization and codification. The reconstruction of the person's notion according to an existential dimension was evidenced, by breaking the modernity paradigm and by the discovering human personality as an asset politically relevant. It was demonstrated that the juridical categories of modernity had served as a base of construction and fundamental of the rights of personality. The legal systematization of the rights of personality was approached according to the focus of the Theory of the General Right of Personality and the Typifying Theory. It is necessary the re- systematization of the rights of the personality for a theory worried about the unitary human being as juridical asset, according to the re-personalization approach and constitutionalization of the right and the unit of the jurisprudence. The protection of the human being will only be reached by a matrix right complemented by personality special rights; and by the general clause of the human being dignity, articulation instrument between the fundamental rights of the man and the personality rights. The current configuration of the Brazilian right enable the acceptance of this re-systematization.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, intitulado “Pessoa e Personalidade humanas: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da Teoria da Relação Jurídica e das Teorias dos Direitos de Personalidade”, enfoca, essencialmente, aquele elemento que, doutrinariamente¹, é apontado como o substrato mínimo e permanente do Direito: a pessoa humana. Objetiva, a partir da reflexão sobre as diferentes noções atribuídas à idéia de pessoa ao longo da história do seu reconhecimento como categoria jurídica, especialmente da sua noção contemporânea, refletir sobre a proteção que, ao longo dos anos, o Direito foi estendendo à personalidade humana segundo a perspectiva da Teoria da Relação Jurídica e o enfoque das teorias pelas quais classicamente sistematizou a sua tutela, ponderando, inclusive, sobre a higidez dessas teorias em face dos fenômenos da repersonalização e da constitucionalização do direito.

O interesse pessoal pelo tema foi despertado, senão em função da própria condição de pessoa humana, fundamentalmente, por conta dos estudos desenvolvidos segundo a orientação do Professor Doutor Elimar Szaniawski, na disciplina de Direitos da Personalidade junto ao curso de mestrado da Universidade Federal do Paraná, cuja abordagem, voltada a uma visão geral e histórica da teoria dos direitos de personalidade, oportunizou o acúmulo de conhecimentos outrora desconhecidos e essenciais ao desenvolvimento do presente trabalho.

Trata-se de matéria que, apesar de remontar a períodos de construção que alcançam a própria antiguidade, despertou apenas mais recentemente o

¹ Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz *apud* CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, In: FACHIN, Luiz Edson (coordenação): Carmem Lúcia Silveira Ramos [et al.]. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 32.

efetivo interesse científico dos juristas em geral, em estudos que não alcançam duzentos anos. E, não obstante essa reflexão e desenvolvimento científico verificados ao longo de mais de um século de estudos, é matéria que, hodiernamente, tem despertado ainda mais a atenção dos estudiosos do Direito.

O estímulo é originário de problemáticas que, de natureza científica e social, assumem total relevância jurídica.

Por um lado, a necessária revitalização pela qual vêm passando os institutos jurídicos em geral em face dos fenômenos da repersonalização e da constitucionalização do direito, os quais vêm igualmente determinando, segundo um instinto de preservação, reflexões não somente sobre a noção de pessoa para o Direito, mas da própria noção de personalidade e da teoria dos direitos de personalidade, numa tentativa de, senão reconstruí-los, ao menos posicioná-los cientificamente segundo uma visão afinada e apropriada ao século XXI.

Por outro lado, o progresso econômico-social e o avanço científico-tecnológico têm ensejado inovadoras modalidades de ameaça à personalidade humana, afetando-a em aspectos outrora inatacáveis e sequer cogitados como passíveis de ofensa. Fenômenos como a *internet*, o monitoramento via satélite, a manipulação de imagem e de voz por computador, o acesso imediato e facilitado a notícias, a clonagem de seres vivos, as manipulações genéticas, o transplante de órgãos humanos e as técnicas de publicidade, são ocorrências que não se verificavam ao tempo da elaboração da teoria dos direitos de personalidade. Da mesma forma, diversamente de outrora, os avanços científico-tecnológicos passaram a possibilitar a disposição voluntária de aspectos da personalidade humana, e a fazer presentes clamores de mercantilização na transmissão de partes do corpo humano vivo, como cessão de tecidos e órgãos. Ainda, a submeter a pessoa humana, enquanto paciente de enfermidade grave, a prolongados e sofridos períodos de tratamentos terminais, gerando situações-limite nas quais valores da própria personalidade humana posicionam-se em conflito, diante dos desejos de morte e dignidade. E, por fim, a possibilitar a alteração voluntária do conteúdo da personalidade humana por atos materiais ou

jurídicos, como no caso da alteração da sexualidade física e da imagem física por intervenção cirúrgica, e a alteração do nome civil.

Todas são situações que têm exigido do Direito soluções imediatas e eficazes, pelas quais não somente a pessoa seja protegida na sua humanidade, como a própria a personalidade humana mantenha-se intacta no seu vir e devir, no sentido de, além da sua essência e existência, também ser protegida na dinâmica e individualidade que lhe são inerentes.

O interesse científico sobre o tema, portanto, foi acalorado pelas inovadoras questões que vêm exigindo do Direito respostas não encontradas em searas anteriormente suficientes ao seu controle, como a política, a ética e a própria moral, ou não encontradas no próprio Direito, segundo o enfoque das suas categorias e teorias tradicionais. O reclamo pela efetividade dos direitos fundamentais na seara das relações entre particulares e pela construção de um biodireito suficiente a, senão impedir, proteger dos atos desumanos hodiernamente possibilitados pelo progresso científico e pela disponibilização de uma farta e acessível tecnologia, é problema cuja solução necessariamente passa pela retomada da noção jurídica de pessoa e da categoria dos direitos de personalidade, com a concorrente reflexão sobre a suficiência e adequação da proteção que juridicamente vem sendo estendida à personalidade humana.

A noção de pessoa vem sendo constantemente delineada e redesenhada pelo Direito. Essa evolução jurídica no conceito e proteção da pessoa, em verdade, está diretamente ligada ao próprio posicionamento daquela como valor fundante da ordem jurídica, na medida em que, por sua essencialidade, a concepção de pessoa sempre foi diretamente influenciada pelos valores eleitos pelo pensamento jurídico como dignos de proteção em cada época e local. A pessoa foi continuamente reconhecida segundo o perfil adequado à respectiva conjuntura econômica, política, social e, conseqüentemente, jurídica; e recebeu proteção jurídica em função exclusivamente desse perfil.

Seguindo as palavras de Francisco AMARAL², o Direito não é neutro. Tanto o sistema jurídico, como os conceitos e as categorias jurídicas, são representações materiais dos valores historicamente defendidos e pretensamente realizáveis. Dessa forma, conforme ressalta Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de SOUSA, “o direito não é algo de instantâneo ou acidental mas, em grande parte, o resultado de um certo processo histórico, em que diversos valores se vão sedimentando.”³ Essa costura contínua em função dos valores históricos, dessa forma, assim como em relação a outras categorias jurídicas, também foi realizada sobre a noção de pessoa e a proteção a ela estendida, de maneira que a efetiva compreensão da sua idéia e proteção contemporâneas está diretamente vinculada às noções precedentes oportunamente descartadas no processo de contínua reelaboração.

O presente trabalho, dessa forma, tem como primeira limitação teórica, a exposição das diferentes noções pelas quais a idéia de pessoa foi juridicamente construída e a abordagem da proteção que lhe foi juridicamente estendida ao longo do tempo, especialmente segundo o enfoque do direito contemporâneo, período no qual a personalidade humana foi descoberta como bem juridicamente relevante e, a partir dela, foram construídas as categorias do direito geral de personalidade e dos direitos de personalidade.

Diante da abrangência do assunto, optou-se por abordar o reconhecimento e a proteção jurídica da pessoa segundo uma metodologia histórico-dogmática que oportunize o estabelecimento de uma ponte de aproximação entre o direito e cada realidade histórica, mesmo que para demonstrar a incompatibilidade momentaneamente estabelecida entre ambos.

Para tanto, a pesquisa foi estruturada sobre períodos temporais, que, embora não encontrem uma correspondência exata na cronologia científica⁴,

² AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 165.

³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 118.

⁴ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 99.

foram determinados segundo a tentativa de evidenciar, substancialmente, os modelos econômicos, políticos e sociais de cada época e, a partir da sua falência, demonstrar os resultados por essa provocados não somente na esfera social, econômica e política, mas, especialmente, no processo de ordenação, de produção e de aplicação do Direito, sempre tendo como foco central o posicionamento determinado pelos mesmos à pessoa humana, frente à sociedade, à autoridade constituída e ao próprio mundo jurídico.

Por outro lado, igualmente optou-se por abordar o tema segundo o constante enfoque da igualdade e da liberdade enquanto valores que, além de sociais, econômicos e políticos, também foram constantemente cultivados, segundo diferentes nuances, no mundo jurídico, determinando a própria configuração das categorias jurídicas modernas sobre as quais foi assentado o modelo codificatório, dentre as quais a categoria do sujeito de direito, e que indiretamente também influenciaram a formação da noção contemporânea de pessoa, como a personalidade jurídica, a capacidade jurídica, o sujeito de direito, o direito subjetivo e o patrimônio. Valores esses que, atualmente, igualmente determinam a releitura dessas mesmas categorias jurídicas, em face da posição e da noção jurídicas contemporaneamente asseguradas à pessoa humana, por força do fenômeno da repersonalização e do processo de constitucionalização do direito.

No que se refere à proteção jurídica da pessoa humana ou, mais especificamente, da personalidade humana enquanto bem juridicamente relevante, optou-se por abordar o tema segundo o enfoque, exclusivo, da sistematização normativa dos direitos de personalidade, voltando a atenção às pertinentes categorias jurídicas modernas sobre as quais foi estruturada e à sua releitura diante do processo de repersonalização e de constitucionalização do direito, especialmente em face da importância atualmente emprestada à proteção da personalidade humana, segundo o enfoque, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa seara, ressalva-se, pelo temor à fuga do tema e pela amplitude que ao mesmo seria dada, em prejuízo à própria cientificidade, optou-se por não abordar os direitos especiais de personalidade e igualmente por não refletir so-

bre as modalidades das tutelas jurisdicionais que juridicamente vem sendo garantidas à personalidade humana, e que ainda poderiam ser-lhe garantidas, inovadoramente, em função de uma ampla e genérica proteção jurídica.

Para tanto, foi utilizado como principal referencial teórico, a Teoria da Relação Jurídica construída por Friedrich-Karl von Savigny ainda no século XVIII, cuja relevância à abordagem do tema foi determinada não apenas em função dos seus postulados terem embasado a revelação do sistema jurídico moderno segundo o modelo da codificação, inclusive o brasileiro, como também em razão de sobre ela ter sido construída a categoria do sujeito de direito, pela qual a pessoa foi juridicamente reconhecida, na modernidade, como uma construção normativa com perfil essencialmente patrimonialista. Anteriormente a essa teoria, pela falta de desenvolvimento de uma teoria geral do direito privado, não se contava com postulados semelhantes, como o perfeito delineamento da idéia de relação jurídica, de pessoa, de coisa e de objeto.

Outrossim, em que pese influenciada pela aspiração de um direito científico direcionado à dimensão patrimonialista da pessoa humana, a Teoria da Relação Jurídica e as categorias através dela dogmaticamente reveladas, especialmente as noções de direito subjetivo e objeto, serviram de base à construção e fundamentação da categoria dos direitos de personalidade e à sua ordenação em face do sistema jurídico moderno e contemporâneo, não obstante fundamentalmente direcionadas à dimensão existencial da pessoa humana.

Dessa forma, a Teoria da Relação Jurídica é utilizada segundo a intenção não apenas de explorá-la em face das construções realizadas sobre a noção de pessoa e sua proteção jurídica, mas na tentativa de, oportunamente, proceder à análise da higidez das teorias pelas quais classicamente sistematizou-se a tutela jurídica da personalidade humana e ponderar a necessidade de uma possível ressystematização, considerando a releitura que hodiernamente vem sendo feita sobre as suas respectivas categorias jurídicas, renova-se, diante do fenômeno da repersonalização e do processo de constitucionalização do direito.

Outrossim, especificamente com relação aos direitos de personalidade, foram utilizadas como referenciais teóricos, as teorias clássicas sobre as quais

foram sistematizados juridicamente: a Teoria Tipificadora dos direitos de personalidade, de natureza essencialmente positivista, e a Teoria do Direito Geral de Personalidade, fundamentada na própria releitura do conceito de personalidade humana.

Para o desenvolvimento do tema, o trabalho foi estruturado segundo a visão de um plano que, segundo o critério histórico e o critério lógico, foi originalmente dividido em duas partes principais, determinadas em função das duas dimensões nas quais a pessoa foi diferentemente reconhecida e protegida pelo Direito em diferentes períodos históricos: a dimensão patrimonial e a dimensão existencial. Sucessivamente, cada uma dessas partes foi dividida em três capítulos, numa soma de seis capítulos na totalidade.

No primeiro capítulo, numa tentativa de identificar a gênese e a idealização da noção e da proteção jurídicas da pessoa, percorreu-se, desde a antiguidade, em face do estado grego e do direito romano, até a modernidade, o constante processo de valorização e autonomização do ser humano, enquanto indivíduo e cidadão, em face do grupo social e do poder constituído. Nesse caminho, procurou-se apontar os diferentes critérios políticos, econômicos e sociais em função dos quais esses indivíduos ou cidadãos, em relações intersubjetivas inicialmente marcadas por níveis de dependência e particularismos, foram desigualmente valorados e reconhecidos como pessoa em relações jurídicas fragmentadas segundo a fundamentação de normas particularizadas. E, também, apontar os diferentes critérios em função dos quais esses mesmos indivíduos ou cidadãos, posteriormente, passaram a ser igualmente valorados e reconhecidos como pessoa em função de relações jurídicas genéricas, pretensamente voltadas ao estabelecimento e imposição da igualdade e liberdade políticas, econômicas e sociais.

Em todo o percurso, todavia, procurou-se demonstrar, também em função dessas mudanças sociais, econômicas e políticas, o constante processo de construção e adaptação do mundo jurídico a todas as alterações nas esferas sociais, econômicas e políticas, desde a sua composição por ordens plúrimas e não sistemáticas operacionalizadas nas suas normas individualizadas por um

pensamento tópico e dialético, até a sua idealização numa ordem codificada única e sistematizada, estruturada sobre normas abstratas e genéricas operacionalizadas por um raciocínio lógico-dedutivo, inspirador de certezas e segurança.

O segundo capítulo, por sua vez, foi dedicado à exposição da noção geral e abstrata pela qual a pessoa foi reconhecida no mundo jurídico moderno, e da negativa de proteção aos seus aspectos existencialmente humanos. Para tanto, procedeu-se à exposição de todo o processo de concretização do projeto jusracionalista de sistematização jurídica, segundo o enfoque do movimento de codificação e das precedentes construções da pandectística alemã e da concepção de neutralidade do Direito enquanto produto da dogmática científica. Oportunamente, abordou-se as construções de Friedrich-Karl von Savigny sobre a Teoria da Relação Jurídica, demonstrando e explorando as categorias jurídicas que vieram a embasar a sistematização jurídica no século XIX, e sobre as quais foi construída a referida noção genérica e abstrata de pessoa, pela consagração de um sujeito de direito com existência normativa e com dimensão patrimonial.

No terceiro capítulo, o foco foi direcionado ao posicionamento da pessoa humana frente à primeira codificação civil brasileira e ao próprio reconhecimento jurídico dos direitos da personalidade na gênese do sistema jurídico brasileiro. Partiu-se da análise das concepções que Augusto Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua cientificamente firmaram com relação às mesmas categorias jurídicas modernas constituídas pela Teoria da Relação Jurídica, essencialmente a capacidade jurídica e o sujeito de direito, e que, como responsáveis diretos e indiretos pela elaboração daquela primeira codificação, recepcionaram no próprio modelo codificatório.

Nesse momento, foi encerrada a parte do trabalho dedicada à exploração da noção e da proteção da pessoa na sua dimensão patrimonial. Não obstante, todos os ensinamentos acumulados até então no desenvolvimento da pesquisa foram oportunamente retomados na parte seguinte, quando da abordagem da noção e da proteção jurídicas da pessoa humana, segundo o enfoque da sua existencialidade.

O quarto capítulo, portanto, o primeiro desse segundo enfoque, foi centralizado sobre a reconstrução jurídica da noção de pessoa a partir do século XIX, tendo-se, previamente à exposição dessa, focado todas as mudanças sociais, econômicas e políticas, verificadas especialmente na primeira metade do século XX e que determinaram a quebra dos paradigmas da modernidade e a descoberta da personalidade humana como bem juridicamente relevante.

Semelhantemente ao primeiro capítulo, deu-se continuidade à explanação do processo de valorização e autonomização do ser humano, mas segundo o enfoque da sua condição de indivíduo dotado de personalidade humana, procurando apontar as razões pelas quais o modelo moderno de igualdade e liberdade jurídico-formais não encontrou mais guarida nas relações jurídico-sociais contemporâneas, nas quais, diversamente de outrora, os indivíduos, enquanto pessoas humanas, passaram a reclamar o seu reconhecimento como seres que, como centros de decisão livre particularizados na realidade humana, buscam o estabelecimento de um efetivo direito à diferença e ao desenvolvimento da própria personalidade, como garantia à manutenção da própria existência.

Nesse percurso, paralelamente, procurou-se demonstrar, segundo a perspectiva de abertura do sistema jurídico, o constante processo de construção e adaptação do mundo jurídico a todas essas alterações nas esferas sociais, econômicas e políticas, especialmente os fenômenos da descodificação, com a conseqüente feudalização das normas e das relações jurídicas, e da constitucionalização do direito.

No quinto capítulo, após o estabelecimento das noções contemporâneas de pessoa e personalidade humanas, e contando com o arcabouço da abordagem dos três primeiros capítulos, procedeu-se à abordagem da sistematização dos direitos de personalidade frente às duas teorias pelas quais, classicamente, foi ordenado o seu reconhecimento como categoria jurídica e o seu enquadramento nos diferentes sistemas jurídicos, analisando-os tanto segundo o enfoque do modelo codificado e suas categorias lógico-formais como, posteriormente, em face da descentralização e constitucionalização jurídicas.

No sexto capítulo, por fim, o foco foi direcionado à uma abordagem crítica dessas teorias dos direitos de personalidade tipificados e do direito geral de personalidade, frente às mudanças juridicamente verificadas sobre a concepção de ordem jurídica e a centralização do direito em face do diploma constitucional, numa tentativa de desenhar a reconstrução da teoria dos direitos de personalidade a partir de uma ressystematização ponderativa, entre outros fatores, da unidade da personalidade humana e do próprio direito de personalidade, da melhor forma de instrumentalização da sua tutela naquela ordem unitária e a viabilidade de implantação de sua tutela no direito brasileiro, segundo a consideração dos normativos constitucionais e civis.

Nesse momento, foi encerrada também a segunda parte do trabalho, finalizando um texto que, não obstante tenha retomado concepções e categorias jurídicas já envelhecidas, sempre teve em vista a oportunização da análise histórico-dogmática essencial à revitalização e reconstrução dos institutos jurídicos, numa concepção aberta de Direito.

PARTE I - GÊNESE E EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DA PESSOA PELO DIREITO: A NOÇÃO PATRIMONIALISTA DO SUJEITO DE DIREITO

CAPÍTULO 1 - GÊNESE E IDEALIZAÇÃO DA NOÇÃO DE PESSOA HUMANA

A noção de pessoa vem sendo constantemente delineada e redesenhada pelo Direito. Essa evolução jurídica, em verdade, está diretamente ligada ao próprio posicionamento da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica, na medida em que, por sua essencialidade, a concepção de pessoa sempre foi diretamente influenciada pelos valores eleitos pelo pensamento jurídico como dignos de proteção em cada época e local. A pessoa foi continuamente reconhecida segundo o perfil adequado à respectiva conjuntura econômica, política, social e, conseqüentemente, jurídica; e recebeu proteção jurídica em função exclusivamente desse perfil.

1.1 ANTIGUIDADE

A construção da noção de pessoa teve origem na Antiguidade, quando, na época clássica do Estado Grego e do próprio Direito Romano, o homem, anteriormente visto como simples indivíduo inserido no grupo social, passou a ser individualizado frente ao Estado, como ente dotado de personalidade e capacidade jurídica e, por essa configuração, merecedor de proteção jurídica. Esse

reconhecimento somente no *período antigo* é explicado pela precedência de uma inicial e essencial formulação, ainda na fase prévia à estadualização, das idéias abstratas de homem, de animal e de coisa, cuja distinção veio, posteriormente, a permitir o alcance igualmente essencial, já na fase da estadualização, de uma nítida percepção da individualidade em face do tecido social.

O homem, ainda no seu estado natural, era regido por um constante instinto de sobrevivência, cuja ameaça era vislumbrada essencialmente nos fenômenos naturais, em regra, atribuídos a uma vontade superior. Visando a um fortalecimento frente às adversidades decorrentes desses fenômenos, o homem buscava e limitava a sua interação às relações familiares (família ou clã), que, baseadas num espírito de solidariedade e instinto de reprodução, produziam-lhe a necessária sensação de segurança e suficiência. As condutas nesse meio, considerando o sentimento comum de auxílio mútuo, eram regidas por normas costumeiras (baseadas no consenso), mantendo-se um estatuto igualitário e liberal entre os membros em geral⁵.

A percepção mais nítida da individualidade do homem em face do grupo social somente adviria mais tarde, à medida que se estabeleceu a complexidade desse grupo e o homem passou a ser vislumbrado como ser que, em si, era diferenciado dos demais membros daquele. Esse incremento social é atribuído à divisão e à especialização do trabalho humano segundo fins econômicos comuns (especialmente após a produção de excedentes agrícolas e o aparecimento da metalurgia com a Idade do Cobre-Bronze e a Idade do Ferro). Por conta disso, as relações sociais não apenas ganharam volume numericamente, atingindo organizações superiores à família ou ao clã, como enriqueceram nas suas peculiaridades, considerando que, segundo critérios como o sexo, a idade e a aptidão laborativa, passaram a vincular trabalhadores especializados e a serem norteadas não mais pelo espírito solidário de outrora, mas pela vontade de desenvolvimento e progresso econômico individual.

⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 30.

A interação social, diante disso, acabou provocando o estabelecimento de estatutos sociojurídicos desiguais entre os membros do grupo social, que passou a organizar-se no âmbito socioeconômico por profissões e classes com interesses distintos e, às vezes, até antagônicos e conflitantes. Inevitavelmente, ao controle da conduta social deixou de ser suficiente o consenso. Assim como a atividade econômica e a atividade política, também a atividade jurídica foi atribuída a uma autoridade centralizadora em cada classe, que passou a ditar normas não voltadas à pessoa humana como ente abstrato e geral (esta noção ainda aguardava construção futura), mas aos indivíduos integrantes de cada *status*, legitimando seus diferentes estatutos sociojurídicos com distinções que acabaram se tornando ainda mais abissais por ocasião das guerras entre as cidades-Estado, marcadas pela conquista territorial e pela subjugação dos povos.

O homem, dessa forma, passou a ocupar estatutos diferenciados, que foram “desde a dominialidade absoluta até à escravatura coisificada, diametralmente opostos à livre e igualitária natureza humana”⁶. A sua condição e a sua proteção acabaram sendo corporativas e eletivas, recebendo-as não por sua humanidade ou pessoalidade, mas pela posição ocupada e em nome dessa. A sua individualidade em face do grupo social, portanto, passou a ser o motivo da preocupação social e jurídica, no sentido de buscar-se o restabelecimento da igualdade inerente ao seu estado natural.

Essa realidade pode ser encontrada tanto no direito grego, como do direito romano, cujas peculiares construções impõem uma análise pormenorizada, por conterem os fundamentos que suportariam a futura reivindicação e construção jurídica da noção geral e abstrata de pessoa, assim como os primeiros instrumentos de proteção de sua integridade como ser humano.

1.1.1 Direito grego

⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 32.

Na época clássica do Estado grego⁷, a preocupação deslocou-se da figura do indivíduo frente ao grupo social para a figura da pessoa em si, tornando-se o respeito à sua figura universal um fundo comum aos diferentes ordenamentos vigentes em cada cidade-estado grega, os quais passaram a imputar a aquela, em nível abstrato, personalidade e capacidade jurídicas e, por essa definição, tornaram-na merecedora de proteção universal (ao menos dentro das suas cidades). A atribuição de diferentes estatutos às classes, não obstante ainda fosse presente, apenas buscava consagrar diferenças quantitativas, não qualitativas⁸.

Esse reconhecimento como pessoa, entretanto, era restrito no Estado grego aos cidadãos, neles se enquadrando somente os homens livres e os chefes de família que tinham acesso às assembleias das cidades (*polis*), sendo excluídos dessa condição as mulheres, os filhos, os escravos e os estrangeiros. Com uma definição abstrata de personalidade e de capacidade jurídicas e com a atribuição de ambas a todos, e somente, os cidadãos, começou a se afirmar no pensamento grego “uma noção geral e abstrata de pessoa”⁹, florescendo entre os séculos IV e III a.C., por influência de construções filosóficas, a noção de um

⁷ Assim como Szaniawski, explica-se a abordagem do Direito Grego já a contar do período clássico, com desconsideração dos prévios períodos micênico ou homérico e pré-clássico ou arcaico, em razão de se desconhecer textos legais desses estágios e as normas legais terem surgido como fonte de direito somente no período clássico (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23-24, nota 1).

⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**, ... p. 43.

⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**, ... p. 44. Sousa atribui ao teatro, entre outros, uma forte contribuição à construção da noção de pessoa, na medida em que a palavra “*persona*”, na antiguidade clássica, significava a máscara com que os atores cobriam o rosto durante o desempenho do seu papel nos espetáculos teatrais e religiosos, sobretudo na tragédia, a fim de avolumar-lhes a voz (*per-sonare*) (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**, ... p. 44, nota 54). A pessoa, dessa forma, indicaria “o estado civil do homem, isto é, o papel que ele representa na sociedade, fazendo-se completa abstracção do indivíduo” (Alberto Moraes Carvalho *apud* SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito geral de personalidade**, ... p. 75-76, nota 174). Segundo Amaral, “a palavra passou a ser usada como sinônimo de personagem. E como na vida real os indivíduos desempenham papéis, à semelhança dos atores no palco, o termo passou a significar o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas.” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. ver. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: São Paulo, Renovar, 2003, p. 219).

direito geral de personalidade.¹⁰ “A proteção da personalidade humana se as-sentava sobre três idéias centrais. A primeira formulava a noção de repúdio à injustiça; a segunda vedava toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra outra e a última proibia a prática de atos de insolvência contra a pessoa humana. (...).”¹¹

A proteção da pessoa e da sua personalidade no direito grego instrumen-talizou-se, originalmente, em Atenas, pela idéia de *hybris* (υβρις) e da respectiva ação judicial, inicialmente de caráter penal, cujo objeto era a “(...) punição de ultrajes ou sevícias sobre a pessoa de um cidadão, mas que, com o decurso do tempo, se vai complementando com o sancionamento de outros tipos legais ilícitos de ofensa à personalidade”¹², como ações públicas ou privadas por lesões corporais, difamações, estupros ou uso proibido da força sobre coisa alheia. Szaniawski ainda menciona a tutela da personalidade pela repressão a atos de injúria e sevícias, das quais destaca a *aixias* (δίκη αιχιας).¹³

Essa construção e proteção ganharam força no Estado grego quando, a partir do pensamento filosófico e com a afirmativa da capacidade reflexiva do homem sobre si, sobre o mundo e sobre suas ações, reconheceu-se a igualdade entre as pessoas e a autonomia humana no estabelecimento de uma verdade e de uma justiça relativas, postas pela lei (*nomos*), que deixou de ser criação exclusiva dos deuses e passou a ser traduzida como criação humana e vontade do poder constituído.¹⁴ Essa inovadora visão do homem como indivíduo e ser soci-

¹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

¹¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24-25.

¹² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 44.

¹³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, ... p. 25.

¹⁴ Sousa menciona que Platão, buscando explicar as contradições entre a natureza e a lei, sustentava a existência de um *direito natural* que ao longo dos anos inclusive será utilizado como mecanismo de defesa do homem contra tiranias, cujo conteúdo estaria situado em valores permanentes inerentes à natureza do homem e que inspirariam a razão humana na extração da lei e da justiça. Seria “uma ordem jurídica superior à vontade contingente do legislador” (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 46).

al “(...) consolidou a proteção jurídica da personalidade humana, reconhecendo a existência de um único e geral direito de personalidade em cada ser humano, firmando-se, desta maneira, a noção de uma cláusula geral protetora da personalidade em cada indivíduo, representada pela *hybris* (υβρις).”¹⁵

Em todo o caso, tamanha era a preocupação com a proteção da pessoa e de sua personalidade que no pensamento grego clássico e pós-clássico o homem passou a ser tido como a origem e a finalidade da lei e do direito, quer estadual, quer universal¹⁶, concebendo-se o ser humano como “o destinatário primeiro e final da ordem jurídica”¹⁷.

A mesma evolução no reconhecimento da pessoa como ser individualmente considerado e como centro de preocupação jurídica também foi verificada no Direito Romano.

1.1.2 Direito Romano

O direito romano, por sua vez, assim como o grego, baseado nas idéias de igualdade e de capacidade jurídicas, também procurou dar sustentação a uma genérica e abstrata noção de pessoa, lançando as bases da sua construção ainda na época clássica (desde o início do século II a.C. até 284 d.C., abrangendo os períodos Pré-Imperial e do Alto Império), pela sobreposição da figura do indivíduo à do cidadão posicionado frente ao Estado. Tal iniciativa, contudo, restou prejudicada no período do Baixo Império pelas fortes distinções estabelecidas entre os indivíduos no âmbito qualitativo, não quantitativo.

¹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

¹⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 47.

¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

No período antigo (abrangendo os períodos Arcaico, Pré-Monárquico, Monárquico e a República, até o início da sua decadência), atribuindo a todos os homens a condição de pessoa pelo simples fato de nascer ser humano¹⁸, o direito romano distinguia as pessoas em geral pela abrangência da sua capacidade jurídica, distribuindo o gozo dos direitos segundo a natureza dos próprios direitos e a qualidade das pessoas. Essa distinção era realizada pela atribuição de um *status*¹⁹ particular a cada indivíduo, e, entre os *status* estabelecia-se uma relação de prejudicialidade, no sentido do *status libertatis* (liberdade) ser pressuposto aos demais²⁰.

Bevilaqua²¹ traz ensinamentos valiosos sobre o tratamento do estado das pessoas no direito romano:

¹⁸ Segundo bem esclarece Szaniawski, “enquanto para nós a personalidade decorre da lei, conceituando a doutrina civilista, a expressão *pessoa* como o ser humano singularmente considerado portador de direitos e obrigações e *personalidade* como a aptidão do homem para exercer direitos e obrigações reconhecidos pela ordem jurídica. No direito de Roma, a *personalidade* não decorria da lei nem esta lhe servia de substrato. Pelo simples fato de nascer ser humano adquiria a personalidade, possuindo-a tanto o homem livre como o escravo.” (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 20).

¹⁹ Entre os romanos, “o estado era a qualidade particular que determinava a capacidade” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 92). Contudo, ressalva-se, seguindo aos ensinamentos de Elimar SZANIAWSKI (**Direitos de personalidade e sua tutela**, ... p. 20), que a capacidade jurídica não era instituto reconhecido pelo Direito Romano, nem mesmo por uma designação similar, como *caput*. A aptidão para ser titular de direitos e obrigações - definida segundo a teoria moderna pelas noções de *personalidade* e de *capacidade jurídica*, recebia no Direito Romano diferentes designações, segundo a natureza dos direitos sobre os quais incidia, como o *commercium* à aptidão para titularizar direitos patrimoniais e o *connubium* à aptidão para casar. Justifica-se, no entanto, a distinção no texto pela abrangência da capacidade jurídica já segundo o conceito moderno da aptidão a titularizar direitos e obrigações, por se pretender estabelecer uma similitude com a análise da noção de pessoa que será feita adiante com relação à Idade Moderna. Ressalva-se, contudo, desde logo, que a referência está sempre vinculada à capacidade de direito, também nominada capacidade de gozo, definida como a “capacidade de ter direitos, a possibilidade de ser titular de direitos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, t. 1, p. 157).

²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

²¹ BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**, 2ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 92-93.

Se o indivíduo reunia os três estados de “liberdade”, de “cidade” e de “família”, gozava de capacidade plena. Se lhe faltava algum desses estados, sofria uma restrição de capacidade (“capitis minutio”), a qual seria “máxima”, importando a perda de todos os direitos, no caso de o indivíduo não ter liberdade, “média”, no caso de ser estrangeiro, e “mínima”, de não ser agnado de uma família. Estes três estados achavam-se, entre si, na seguinte relação: o de família dependia do de cidade e este do de liberdade, de modo que o indivíduo necessitava de ser livre para ter direitos de cidade e de família, e somente lhe eram assegurados os direitos ligados á agnação, se fosse romano.

A personalidade e a capacidade jurídica plena, portanto, eram atribuídas apenas aos que gozassem, cumulativamente, do *status familiae*, do *status civitatis* e do *status libertatis*, isto é, a personalidade e a absoluta capacidade jurídica eram tributos apenas do cidadão livre e *paterfamilias*. Às demais pessoas, como os escravos²², os habitantes das colônias (*latini*), os estrangeiros (*peregrini*) e os plebeus (*plebs*), os romanos reservavam direitos limitados proporcionalmente ao seu *status*, atribuindo-lhes uma personalidade dotada de capacidade jurídica reduzida²³.

Quanto aos escravos, não obstante fossem reconhecidos como seres humanos e pessoas²⁴, não sendo livres, e portanto, desprovidos do *status libertatis*, não eram considerados cidadãos nem “(...) podiam constituir família por meio das justas núpcias”²⁵. Como seres humanos que já nasciam sem a liberdade (quando filhos de escravos), ou que a perdiam pela *capitis deminutio* máxima²⁶, ou pela condição de prisioneiros de guerra, os escravos passavam a

²² Os escravos receberam ao longo dos anos a atribuição de uma diferente condição jurídica, sofrendo influência direta do pensamento filosófico grego, e, conseqüentemente, uma diferente proteção jurídica (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 51, nota 79).

²³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16.

²⁴ Robleda ressalta em contraposição à grande parte da doutrina, que o escravo, em Roma, tinha capacidade de estar em juízo demandando pela proteção da sua própria liberdade concedida pela libertação fideicomissária e pela liberdade concedida segundo condição (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 19)

²⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

²⁶ Essa pena era aplicada ao devedor insolvente, ao ladrão preso em flagrante, a aquele que não se inscrevesse no *census*, ao soldado desertor, à mulher livre que mantivesse

uma condição próxima a de objetos de propriedade dos cidadãos, podendo ser libertados²⁷, negociados, ou até mortos²⁸. Tamanha era a redução da sua capacidade para titularizar direitos que grande parte da doutrina acabava por considerá-los verdadeiros objetos de relações jurídicas, negando-lhes a própria personalidade e, muito mais, qualquer capacidade jurídica²⁹. Aos plebeus, por fim, não obstante serem livres e terem reconhecida a sua condição de pessoa, impunham-se inúmeras restrições à sua capacidade jurídica.

Dessa forma, a condição de cidadão romano, por si, era fonte de desigualdade social e jurídica, atribuindo-se ao *status civitatis* o qualificativo de critério de diferenciação e afastamento de escravos e plebeus. Tanto era assim que as constantes reivindicações dos plebeus por maior igualdade em face aos cidadãos romanos levaram à promulgação da lei das XII Tábuas na República, entre 451 e 449 a.C., cuja relevância ao presente está em conter normas voltadas essencialmente à esfera privada do cidadão individual, trazendo permissão à tutela privada de direitos da personalidade.

Paralelamente ao *status civitatis*, a abrangência da capacidade jurídica de cada cidadão romano ainda era regulada segundo o *status familiae*. Por força desse, atribuíam-se a plenitude da capacidade jurídica no seio familiar exclusivamente ao *paterfamilias* (*sui iuris*), a quem se subordinavam todos os demais membros do grupo (*alieni iuris*), sobre os quais exercia *potestas* e *mancipium* (sobre os filhos), *manus* (sobre a mulher) e *dominica potestas* (sobre os escravos).

relações sexuais com seu amante escravo e ao *liberto* ingrato ao antigo dono (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15).

²⁷ Quando libertado pelo benefício da alforria, passavam a ser classificados como *libertos*, diferentemente dos ingênuos, correspondentes à aquelas pessoas livres que nunca foram escravas (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15).

²⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 51, nota 79.

²⁹ Segundo Francisco AMARAL, por exemplo, tratava-se da “morte civil”, situação na qual ocorria a “perda da personalidade por outros motivos que não o falecimento” (**Direito Civil: introdução**. 5. ed. ver. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: São Paulo, Renovar, 2003, p. 225).

A personalidade e a capacidade jurídica plena, portanto, impõe repetir, eram tributos exclusivos do cidadão romano livre posicionado como *paterfamilias*, cujos direitos da personalidade recebiam tutela exclusivamente privada, inclusive segundo a chancela da Lei das XII Tábuas. Nesse sentido é a rápida exposição de Francisco AMARAL relativamente à personalidade no direito romano:

No direito romano a personalidade jurídica do homem dependia de requisitos físicos (nascimento com vida, separação do ventre materno e forma humana) e da existência de três estados: de liberdade (*status libertatis*), cidadania (*status civitatis*) e de família (*status familiae*). Significa isso dizer que o reconhecimento da personalidade, com os direitos da plena capacidade jurídica, exigia que o indivíduo fosse livre (não escravo), cidadão (não estrangeiro) e *sui iuris* ou chefe de família (...).³⁰

Durante o Império Romano e já no período Clássico, no entanto, produziu-se uma reorganização política, econômica e social. Politicamente, enquanto o imperador surgia como Deus, centralizando o poder em nome de uma liberdade considerada exclusivamente em face das guerras civis, da descontinuidade de governo e das invasões bárbaras, diametralmente era desvalorizada a pura figura do *cidadão*, até então posto “como elemento fundamentante da Cidade”³¹ e critério de posicionamento social, a ponto de, após sucessivas leis e editos, em 212 a.C., o imperador Caracala outorgar o *status civitatis* a todos os habitantes do império, inclusive aos latinos e estrangeiros livres, excluindo dessa condição apenas os peregrinos *deditícios*³² e os escravos³³.

³⁰ **Direito Civil: introdução**. 5. ed. ver. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: São Paulo, Renovar, 2003, p. 219.

³¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 51.

³² Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de SOUSA explica que os peregrinos *deditícios* eram aqueles estrangeiros que haviam pegado em armas contra os romanos e acabaram por se render incondicionalmente (**O Direito geral de personalidade**, ... p. 51, nota 76).

³³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

No lugar do cidadão sobrepôs-se, então, a figura do indivíduo perante o Estado (não do grupo social), que passou a ser vislumbrado socialmente em estatutos jurídicos diferenciados segundo o critério da riqueza de classe, passando-se a distinguir os homens livres, os libertados e os escravos. Aos escravos, após longo período de influência da filosofia grega, passou-se a reconhecer efetivamente a condição de pessoa³⁴, não obstante dotada de capacidade de direito extremamente limitada, diferentemente do período Arcaico, no qual eram vistos, predominantemente, como simples objetos de direitos. A personalidade do escravo era resultado da *capacitas agendi*, atribuição resultante dos serviços econômicos prestados em favor do seu senhor³⁵, o que o fez ocupar, desde então, a posição de sujeito de direito nas suas restritas relações.

Assim, no direito romano Clássico, “qualquer ser humano era, para aquele povo, (...), considerado *persona* e *caput*”³⁶; enquanto *persona* designava o ser humano em si, fosse livre ou escravo, *caput* era designação que outorgava às pessoas níveis distintos na aptidão a titularizar direitos, numa diferença pretensamente mais quantitativa que qualificativa. Essa evolução direcionada a um reconhecimento jurídico da pessoa em nível pretensamente mais igualitário, portanto, estendido aos indivíduos romanos em geral, permitiu ao direito romano clássico construir e reconstruir categorias e instrumentos que, mais tarde, serviriam de base à estruturação, no Direito, da noção geral e abstrata de pessoa e da própria noção de capacidade jurídica.

Juridicamente, a época clássica veio a consagrar o *ius praetorium*³⁷ como forte fonte do direito romano³⁸, permitindo, na tutela dos direitos da persona-

³⁴ Gaius, nas Institutiones, atribuía aos escravos a qualidade de *homines*, tratando-os no capítulo das pessoas e não das coisas (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 52, nota 79).

³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

³⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. ... 1993, p. 17.

³⁷ Eram os éditos do pretor, correspondentes as proclamações que as autoridades judiciais por excelência mandavam afixar no início do seu mandato, que outorgavam acções judiciais em determinadas circunstâncias aí previstas, (...). (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. ... , p. 52).

lidade, a superação da proteção privada até então garantida pela Lei das XII Tábuas e a extensão³⁹ da *actio iniuriarum* - até então vislumbrada como um instrumento clássico de proteção da pessoa como ser humano abstrato e restrita a manifestações isoladas de ofensa por injúria -, a outras ações que passaram a proteger o indivíduo nas relações jurídicas concretas, mesmo que por ofensas mediatas a seus direitos, relativamente à honra, liberdade, vida e integridade física⁴⁰. Como instrumento protetivo, a *actio iniuriarum* passava a ser mais facilmente operacionalizada, considerando que o principal édito do pretor na matéria trazia uma cláusula geral de proteção na qual se definia genérica e abstratamente a noção de injúria e autorizava a, estimando essa, graduar em dinheiro a sanção.

Paralelamente, a *Lex Aquilia* e a *Lex Cornelia*, esta promulgada em 81 a.C., positivaram a tutela jurídica da personalidade ao normatizarem, respectivamente, as lesões aos escravos e as injúrias praticadas por agressões físicas e violação de domicílio em geral. Processualmente, a *Lex Fábria*, o *Interdictum de Homine Libero Exhibendo* e o *Interdictum de Liberis Exhibendis* surgiram como instrumentos à proteção da liberdade⁴¹. Toda essa evolução jurídica, contudo, acabou não apenas paralisando, mas, efetivamente, retrocedendo nos anos que se seguiram.

³⁸ O *ius civile*, então regulado pela lei das XII Tábuas, deixava de agradar aos romanos “na medida em que se ia refinando na sua cultura, e, por outro lado, a crescente desvalorização monetária ia tornando as penas fixas da lei das XII Tábuas absolutamente insignificantes” (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 52, nota 80).

³⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. ... p. 131.

⁴⁰ Segundo Elimar SZANIAWSKI, “a maioria dos autores é unânime em afirmar que no Direito romano não se cuidava da proteção aos direitos de personalidade. Galan afirma que “a consciência ôntica e ética do homem como personalidade, é algo desconhecido no mundo greco-romano”. Castan Tobeñas alerta, porém, que o que não havia no Direito romano era a proteção da personalidade individual segundo o ponto de vista sistemático, tal como hodiernamente concebemos essa proteção. A tutela dos direitos de personalidade no mundo antigo, em geral, dava-se por intermédio de manifestações isoladas” (**Direitos de personalidade e sua tutela**, 1993, p. 21).

⁴¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 21-22.

No período do Baixo Império romano, os diferentes estatutos sóciojurídicos estabelecidos entre os indivíduos, calcados na riqueza das classes, sustentaram profundas discriminações sociais, cujo agravamento foi verificado em face das discriminações religiosas e dos bárbaros. Se, durante o Império Romano, o cristianismo fora eleito religião oficial, sendo declarada a liberdade de culto e de associação dos cristãos, no Baixo Império passou-se a negar a liberdade de culto aos pagãos, a perseguir-se os hereges e a reprimir-se os judeus. Outrossim, passou-se a distinguir romanos e bárbaros (*dediticies, laeti e gentiles*)⁴².

Nessa época de decadência verificada até a morte de Justiniano, em 565 d.C., portanto, as idéias de igualdade e capacidade jurídicas não encontraram suporte na estrutura socio-econômico-jurídica do Império Romano. Apesar dos ensinamentos de Santo Agostinho relativamente ao *ius naturale* e daqueles que sustentavam a origem dos direitos da personalidade no seu centro de gravidade (“o homem com a centelha divina reconhecida pelo Império”⁴³),

(...) a aliança entre o Império e a Igreja teve como contraprestação da hierarquia eclesiástica o reconhecimento da ordem sócio-econômico-política estabelecida, nomeadamente dos poderes do Imperador como supremo garante da ordem estabelecida, do *statu quo* do sistema produtivo, v.g. da escravatura, e da situação de desigualdade da maioria da população, inclusive da mulher.⁴⁴

Assim, a inicial tentativa romana de fundar uma noção geral e abstrata de pessoa restou prejudicada no período do Baixo Império, no qual se manteve a atribuição de jurisdição exclusiva aos tribunais civis com relação à tutela dos direitos da personalidade, que continuou sendo exercida pela *actio iniuriarum*, como cláusula geral que permitiu o acolhimento dos valores reconhecidos pelo

⁴² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 55-56.

⁴³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. ..., p. 56.

⁴⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. ... p. 56.

cristianismo relativamente à personalidade humana moral e aos bens imateriais da pessoa humana⁴⁵.

De qualquer forma, pela construção do pensamento grego e da jurisprudência clássica romana, atualmente, atribui-se às figuras da *Hybris* e da *actio iniuriarum* a gênese da proteção à pessoa humana como ente dotado de personalidade e de capacidade jurídica, segundo concessão normativa aos “cidadãos” gregos e aos “cidadãos” e, mais tarde, “indivíduos” romanos. Segundo Sousa, “com a *hybris* grega, a injúria romana constituiu o embrião do direito geral de personalidade”⁴⁶.

1.2 DESIGUALDADE E PARTICULARISMO

Não obstante, se a *hybris* grega e a *actio iniuriarum* romana constituíram a gênese da proteção à pessoa humana, a idealização jurídica da noção geral e abstrata de pessoa somente viria a encontrar suporte séculos mais tarde, após longo processo de mudanças políticas, sociais e econômicas, cujos resultados foram marcantes tanto na valorização do indivíduo em face do Estado e do grupo social como na vislumbração da igualdade entre indivíduos naturalmente idênticos na sua racionalidade.

Previamente a esses resultados promissores, contudo, a desigualdade e o particularismo, encontrados desde sempre, mas agravados no período do Baixo Império Romano, acabaram sendo ainda mais valorizados, sendo cultivados não somente no meio jurídico como também social, política e economicamente. Dessa forma, a percepção da realidade que levou ao reconhecimento da igual-

⁴⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. ... p. 57.

⁴⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. ... p. 54. O entendimento sobre o direito geral de personalidade será explicado oportunamente, por ocasião da sua abordagem específica.

dade como valor juridicamente relevante pressupõe a análise do período imediato que o antecedeu, pois somente pela leitura das suas raízes históricas será possível compreender os motivos da negação da desigualdade amanhada há séculos.

Essa fase precedente ao reconhecimento da igualdade como valor juridicamente relevante, para uma melhor perspectiva, será explorada segundo uma estrutura dúplice, que, embora não encontre uma correspondência exata na cronologia científica⁴⁷, é adotada visando a evidenciar, substancialmente, a quebra dos paradigmas econômicos, políticos e sociais, com a demonstração das razões do seu acontecimento e dos resultados imediatos que provocaram a sustentação da igualdade entre os homens e a conseqüente idealização jurídica, da noção geral e abstrata de pessoa, como sujeito universal das relações juridicamente reguladas.

Abordam-se, dessa forma, a Idade Média e a Idade Moderna, na perspectiva da seara do racionalismo que assumiu a regência do pensamento moderno e do liberalismo que norteou as atuações política, econômica e social da vida moderna. Após cada uma dessas etapas históricas, e paralelamente, analisa-se a evolução que cada mudança respectiva provocou no Direito, seja na sua estrutura, seja no seu conteúdo, seja na sua aplicação, sempre tendo como centro de abordagem o reconhecimento e a proteção dispensada à pessoa humana e os valores da igualdade e da liberdade.

1.2.1 Idade Média

⁴⁷ Considerando a história como um processo de contínua construção, segundo Martins-Costa, “é duração irreduzível a recortes de fatos no tempo cronológico. (...) O tempo histórico no direito é ainda mais irreduzível à simplificação cronológica porque, nesta província, é incomensurável o peso da tradição, a qual, não obstante implicar a referência ao passado, não o acolhe como uma totalidade – recolhendo apenas o “passado transmitido”, e “transmitido, porque objeto de uma seleção: escolhas, assimilações, eliminações não-representáveis através da mera retenção passiva do passado, mas mediante uma contínua reelaboração” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 99).

A Idade Média, cujo nascimento se deu logo após o Antigo Regime, foi marcada por um quadro econômico, social e político que, privilegiando o particularismo originário da desigualdade entre os indivíduos, não trouxe maior contributo (e preocupação) à construção jurídica da noção geral e abstrata de pessoa nem, muito menos à proteção dos direitos da personalidade, cuja tutela continuou sendo instrumentalizada pelas formas jurídicas do direito romano, no momento revigorado pela vigência e abrangência da doutrina da *Translatio Imperii*.

A Igreja Católica Romana foi a principal personagem da época medieval⁴⁸. Como única instituição organizada remanescente à queda do Império Romano do Ocidente (o Estado ainda não existia como instituição despersonalizada), a Igreja dominava o mundo medieval, assegurando para si o monopólio da cultura, da organização e da estabilidade institucional.⁴⁹

Como titular de um poder reconhecidamente não temporal, a Igreja reivindicava a si a direção de toda comunidade, inclusive do Império, titular do poder temporal. Ao resguardo da sua hegemonia, contava com a exclusividade do “saber, do ler, do escrever, do documentar, da expressão literária e escrita”⁵⁰. Essa centralização do conhecimento acabou criando fanatismos, misticismos e superstições na forma de dogmas, de maneira que, na época medieval, as afirmações do clero eram tidas como verdades inquestionáveis, por serem representativas da palavra de Deus. A religião, enfim, ordenava a conduta social, pois acreditava-se nas predestinações e temia-se o castigo pelos pecados.

Paralelamente, segundo a Teoria das Duas Espadas⁵¹, o Império, inaugurado com a coroação e titulação de Carlos Magno no ano de 800, exercia a titularidade do poder temporal, apresentando-se, segundo a doutrina da *Transla-*

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

⁴⁹ Segundo Szaniawski, “o antigo Império Romano do Ocidente fragmentou-se, desdobrado pelos invasores bárbaros, constituindo uma série de reinos politicamente independentes, porém, unidos pela força da Igreja, como poder intertemporal” (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33).

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 68.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 63, nota 74.

tio Imperii, como ilustração da própria Roma, não como simples cópia desta ou legatário da herança do Império Romano. Não obstante, a sua atuação era sempre subjugada à dominação da Igreja Católica Romana, que “o constringe, após séculos de luta, no sentido da *unidade*: unidade, bem entendido, do novo *imperium*, sacro, romano e germânico que havia criado sobre a ficção da continuidade do antigo império romano”⁵².

Em linha eqüidistante do poder da Igreja Católica e do Império, o sistema econômico prevalente na época medieval atribuía poder político à classe distinta dos proprietários.

No modo de produção feudal, desenvolvido “segundo um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados à situação patrimonial”⁵³, uma aristocracia (monarcas, marqueses, condes e barões) originalmente militar⁵⁴ designava um território de sua propriedade e, como tal, seu “feudo”, considerando a população nele situada como seus servos. Como “senhores”, através de uma dominação carismática⁵⁵ marcada pela hierarquia de privilégios e regalias, mantinham sobre os servos uma forte relação de dependência pessoal, na qual se apresentavam como únicos titulares do poder. Os “servos”, que não conheciam outra autoridade senão a do proprietário do feudo em favor

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 21.

⁵⁴ Szaniawski ensina que, previamente à inauguração do Império, entre os séculos V e VIII d.C., “predominava o costume de o rei dividir as terras do reino entre seus filhos. Esta partilha resultou em nova fragmentação dos reinos, enfraquecendo-os. A rivalidades entre os príncipes, filhos de monarcas, deflagravam guerras endêmicas e lutas pelo poder, desembocando na decadência do poder real, por volta do século VII. O permanente clima de discórdias foi decisivo para a concentração de terras nas mãos de determinados guerreiros no declínio dos clãs, impedindo de o rei manter a dependência política da população em relação ao reino, passando o povo a depender diretamente dos líderes locais, surgindo as relações de vassalagem” (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25).

⁵⁵ “Caracterizada por Max Weber como decorrente de uma relação social especificamente extracotidiana e puramente pessoal” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. ..., p. 23). Os laços de dominação política do período medieval eram marcados por uma personalização e patrimonialização, no sentido de estabelecerem-se como “vínculos de fidelidade pessoal” e por força dos poderes patrimoniais dos titulares (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 56).

do qual cultivavam a terra, viviam em total subordinação econômica, política, militar, ideológica e jurídica. Os proprietários dos feudos conheciam e reconheciam a autoridade do Império Sacro-Romano. Contudo, limitando a sua atividade aos feudos, e, assim, a sua vontade aos bens e aos homens vinculados a esses feudos, a autonomia dos senhores feudais era total nessa circunscrição, sobre a qual exerciam efetiva soberania.

No período medieval, portanto, era marcante a fragmentação do poder político, que se confundia com o próprio poder econômico e eclesiástico⁵⁶, sendo distribuído entre nobres, bispos, feudos, reinos, corporações, etc., cada qual formando um centro interno de poder descentralizado. Inexistia, pois, o Estado centralizado, que surgiu como poder institucionalizado, despersonalizado e despatrimonializado apenas na fase pós-medieval, com a implantação do modo de produção capitalista. No período feudal não se distinguem o Estado e a sociedade civil, pois aquele tinha uma feição patrimonial, aproximando-se dessa (os “donos” eram os “senhores”).

Diante desse quadro de relações de dependência pessoal e de fragmentação do poder político (e econômico), o Medievalizou caracterizou-se pelo *particularismo*, regido pelo critério da *diferença* ou da *desigualdade formal e material*⁵⁷, pelo qual os indivíduos, segundo o influxo da sua realidade particular e concreta, eram considerados juridicamente desiguais segundo as peculiaridades da sua classe ou grupo (não das suas próprias peculiaridades), sem terem um lugar e identidade autônomos. Seu estatuto jurídico estava sempre vinculado à sua situação de origem (territorial, étnica, familiar, profissional) e à sua inserção nos estamentos sociais (servos, senhores, burgueses, membros da Igreja)⁵⁸. Se-

⁵⁶ Segundo Capelo de Sousa, “o feudalismo ou os regimes senhoriais próximos marcaram largamente a organização sócio-econômica e política-administrativa da Idade Média européia (...)” (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 57).

⁵⁷ A igualdade entre os homens será pregada séculos mais tarde como valor proposto pelo *jusracionalismo* e idealizado pela Revolução Francesa, sendo acolhido juridicamente.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

gundo Judith Martins COSTA⁵⁹, as corporações eram a expressão político-jurídica dos diversos grupos particularizados, cuja pretensão se restringia a tutelar os próprios interesses.

As características sociais, econômicas e políticas da época medieval produziram reflexos imediatos sobre o mundo jurídico, influenciando o processo de produção e de aplicação do ordenamento jurídico e, especialmente, afastando qualquer preocupação jurídica com a construção da noção geral e abstrata de pessoa⁶⁰.

As relações jurídicas, assim como as sociais⁶¹, eram divididas em conjuntos pulverizados, cuja base era regional, profissional, familiar, ou estamental, “a cada qual correspondendo um estatuto jurídico diferente e uma ampla capacidade de auto-regulamentação”⁶². Para alcançar a proteção dos seus interesses próprios, cada centro interno de poder recorria à constituição, por si, de um corpo de normas próprio, o que originaria uma pluralidade de ordenamentos coexistentes⁶³ e sem preocupação sistemática⁶⁴. A diversidade de estatutos era verificada não apenas “entre os grupos de classes sociais, mas também dentro de

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 56.

⁶⁰ Segundo Judith Martins COSTA, “a noção abstrata de “sujeito de direito” – isto é, aquele que detém um lugar na ordem jurídica pelo fato, abstratamente considerado, de ser pessoa, e, portanto, titular de direitos e deveres – é, ainda, uma noção ignorada” no período medieval (**A boa-fé no direito privado**, ..., p. 55).

⁶¹ Socialmente, os conjuntos (família, profissão, escolas, cidades) eram vistos com autonomia e segundo fins próprios, a serem harmonicamente desempenhados para a garantia do bem-estar de todos (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 57).

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 57.

⁶³ Era o caso dos estatutos dos mercadores, dos artesões, dos profissionais, dos militares e das classes populares (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 56).

⁶⁴ Segundo ressalta Martins-Costa, a própria concepção de justiça é particularista no período medieval. Entendia-se necessário que o segundo-ordenado, intérprete e aplicador do direito, substituísse a lei (geral) pelo privilégio (particular), de maneira a garantir a cada conjunto jurídico-social a particularidade e interesse que lhes eram marcantes, respeitando as desigualdades. Conseqüentemente, como garantia à satisfação destes privilégios, a justiça, enquanto função ou atividade, também acabava sendo particularista. Cada um tenta se furtar do juiz ‘natural’ e submeter-se a outro mais favorável: os burgueses e os mercadores visam às justiças municipais ou consulares; os estudantes buscam as justiças universitárias; os soldados almejam as justiças militares; enfim, os clérigos submetem-se às ordens (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 57).

cada um dos subgrupos sociais”⁶⁵. Cada ordem particular não era produzida por uma autoridade única investida de poder público, mas por diferentes sujeitos privados⁶⁶, na forma de uma “tríplice estrutura”⁶⁷.

Num patamar hierarquicamente superior, justamente pela posição central e dominadora que a Igreja ocupava na época, era posto o direito eclesiástico, também dito canônico, que, na forma de um direito natural, atuava como fator de legitimação do próprio poder laico, ainda visualizado sempre em combinação com o poder religioso. As decisões do príncipe no desempenho das funções de administração da justiça e criação do direito eram justificadas pela “vontade divina”⁶⁸. Elíaz DÍAZ, trabalhando o significado histórico do direito natural escolástico-medieval, atribui-lhe caráter “religioso-transcendente”: “La ley natural se fundamenta necesariamente en la ley eterna, entendida ésta, bien como voluntad de Dios, que es quien hace que las cosas sean buenas o malas”⁶⁹. E conclui⁷⁰:

Ley eterna (que no se confunde con la ley divino-positiva manifestada por Dios a través de la revelación), ley natural y ley humano-positiva, articuladas jerárquicamente y fundadas todas en la primera, constituyen el esquema central de la concepción jusnaturalista escolástico-medieval. Lo decisivo en ella es su fundamentación religiosa y teológica, su apoyo en un concepto de ley eterna (y de ley divino-positiva) inspirada e interpretada por la concepción Del mundo y Del orden propios de la Iglesia católica medieval.

⁶⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 57.

⁶⁶ Segundo Martins-Costa, “na Idade Média e por todo o Antigo Regime, ‘um substancial pluralismo domina o panorama jurídico e cada realidade estatal é, como experiência jurídica, uma realidade estatal baseada numa autêntica pluralidade de ordenamentos’, afirma Paolo Grossi, segundo o qual o direito privado era, aí, direito dos sujeitos privados, vale dizer, direito produzido pelos sujeitos privados, ‘por uma autoridade não investida de poderes públicos, uma realidade que vem de baixo, de matriz consuetudinária, que encontrava sua definição jurídica na *interpretatio* dos doutores, juízes e, porque não, também dos notários” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 45).

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 97.

⁶⁸ A noção de lei na época medieval para o direito eclesiástico e, portanto, o Papado, estava vinculada à Teoria da Descendência, segundo a qual “a lei, sendo outorgada, em última instância, por Deus, era formada mediante um processo no qual os seus destinatários não tomavam parte, sendo dela meros recipiendários” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 65).

⁶⁹ DÍAZ, Elíaz. **Sociología y filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1989, p. 268.

⁷⁰ DÍAZ, Elíaz. **Sociología y filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1989, p. 269.

Logo abaixo, e subsidiariamente, posicionava-se o direito romano como direito do Império, que, tendo caráter apenas instrumental, era convergente com as disposições e tradições daquele que era seu fundamento de validade - o direito eclesiástico. Esse direito romano era considerado o direito vigente e, por isso, sacro e hierarquizado, sendo originário e representativo da própria sacralidade e hierarquia do Império. A continuidade do Império Romano e a vigência do seu direito – o direito romano - “se transmudou em dogma tão persistente que só desaparecerá com o fim do que havia restado do império, na Alemanha do século XIX”⁷¹, determinando que suas formas jurídicas fossem acolhidas durante mais de oito séculos.

Por fim, na base da estrutura do direito medieval, convivendo com o direito romano e o direito eclesiástico, estava o direito consuetudinário, em geral não escrito e que correspondia aos inúmeros direitos particulares de cada um dos povos, classes e estamentos sociais, os quais assumiam a forma de microconjuntos, como os usos regionais, os forais, os direitos das corporações profissionais, etc.⁷², sendo direcionados essencialmente às relações privadas. Na construção desse direito no qual o costume renasceu como fonte, prevaleciam, contudo, os costumes dos povos bárbaros vencedores das batalhas que marcaram o período que precedeu a Alta Idade Média, dentre os quais a vingança privada, inclusive por ofensa a direitos da personalidade.

Na realidade, a Igreja, pela *lex ecclesiastica*, exercia enorme influência sobre o direito romano e sobre a *lex mundana*. Relativamente ao direito romano, os seus preceitos acabavam sendo afastados toda vez que “conduzissem ao

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 51.

⁷² “Os direitos medievais se formam e se desenvolvem num espaço político e cultural ainda indefinido, onde, ao lado de territórios nos quais fora forte a influência do império e da organização administrativa de Roma, conviviam os direitos dos povos germânicos e de outras origens étnicas, os estatutos de comunidades e regiões – em regra de origem e perfil consuetudinários, baseados no princípio da personalidade das leis e cuja forma primária era a tradição oral – e, bem assim, o direito canônico, fortemente unitário e estruturado sobre base romana” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 49). Por esse princípio da personalidade das leis, a incidência da norma ou de determinado conjunto normativo era determinada segundo o critério do estatuto pessoal do sujeito da relação, sendo irrelevante o critério da territorialidade (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 49, nota 25).

pecado”⁷³, tipificado pelo privilegiado direito canônico. No que se refere ao direito consuetudinário, sendo da Igreja o monopólio do saber, esta mantinha segundo o seu exclusivo cuidado o “instrumental necessário às tarefas de legislar, administrar e conceder justiça”⁷⁴, de maneira que toda redução a escrito de um processo judicial, uma lei, um documento jurídico, permanecia vinculada à linguagem eclesiástica. Por outro lado, as convicções religiosas do povo influenciavam na formação dos costumes. Inevitavelmente, finalidades éticas comuns aos preceitos sacros acabavam sendo infiltradas nos ordenamentos jurídicos particularizados, que passavam a firmar-se sobre tradições religiosas. Por essa forma, a Igreja Católica Romana tentava consolidar a unidade do novo *imperium* sacro, romano e germânico.

A pluralidade de fontes⁷⁵ mantenedora da tão desejada e cultivada estrutura particularista, como reflexo do princípio da desigualdade, acabou não apenas determinando a estrutura fragmentada da ordem jurídica medieval, mas afetando “a própria estrutura dos comandos jurídicos”⁷⁶, que eram elaborados não segundo uma visão universal, mas visando a garantir direitos preferenciais *erga omnes*, na forma de *privilégios* constituintes de ordens privilegiadas. De acordo com Hespanha⁷⁷, “a ordem jurídica (e a actividade jurídica do poder) deixa de ser dominada pelo princípio da legalidade e passa a ser orientada pelo princípio do privilégio”. Cada um dos grupos que se propunha à constituição de um corpo de normas próprio preocupava-se em estabelecer vantagens, facilmente exercitáveis diante da inexistência de uma concepção de controle do poder político na estrutura corporativa.⁷⁸

⁷³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 58.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 68.

⁷⁵ “As normas de direito costumeiro, os princípios e regras de direito canônico, os usos regionais, as ordenações reais, os forais, os direitos endereçados às corporações profissionais, o direito imperial (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 59).

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 57.

⁷⁷ *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 58.

⁷⁸ No caso do clero e da nobreza - destinatários de normas exclusivamente suas, por exemplo, a sua ordem propiciava-lhes gozar de isenção tributária, foro especial e direito de acesso aos cargos públicos elevados.

A multiplicidade de fontes e de ordens compostas por normas igualmente particularizadas não possibilitava a criação de um sistema jurídico, mas de um conjunto de ordens jurídicas distintas, sem ordenação, unidade e inter-relação. “Não se pensava no direito como uma estrutura harmônica e ordenada de caráter geral, a todos igualmente aplicável, com vigência num determinado espaço em virtude de um comando unitário, de fonte legal”.⁷⁹ Entre os vários ordenamentos que coexistiam na Idade Média, as suas diferentes fontes atuavam embaraçadamente sem cogitar do estabelecimento de laços, ou sem se preocupar com contrariedades ou oposições; cada grupo regulamentava suas relações segundo seus interesses próprios, desinteressando-se pelos normativos estabelecidos nos demais estatutos corporativos.

A idéia de um sistema unitário e “universal” de direito, dotado de normas “gerais” voltadas a um “sujeito” universal, somente começou a ser delineada na Idade Moderna, por volta do século XVIII, e concretizar-se-ia no século seguinte, quando as normas originárias de uma mesma fonte de produção e centralizadas num conjunto ordenado e unificado materializado na codificação, passaram a ser aplicadas a todo sujeito de direito pelo raciocínio lógico-dedutivo.

A Idade Média, dessa forma, com a sua ordem política, econômica, social e jurídica particularizada, não contribuiu nem se preocupou com a formação de uma noção jurídica geral e abstrata de pessoa. Conseqüentemente, também não inovou na proteção dos direitos da personalidade, cuja tutela continuou sendo instrumentalizada pelas formas jurídicas adotadas pelo direito romano, no momento revigorado pela doutrina da *translatio imperii*, e voltou a admitir, por força do renascimento dos costumes como fonte de direito, a utilização da vingança privada reconhecida entre os povos bárbaros.

1.2.2 Racionalismo (absolutismo – séculos XI a XIV)

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 45.

A preocupação com a formação de uma noção jurídica geral e abstrata de pessoa somente viria a se verificar no mundo jurídico após o longo processo de racionalização que marcou a passagem à Idade Moderna, por força do qual o Estado, novo ente centralizador do poder político, em nome do revolucionário “Liberdade, igualdade e fraternidade”, passou a reger a sua atuação segundo a idéia de um universalismo que, desconsiderando as características e particularidades próprias a cada realidade concreta, identificou os homens na sua natureza e, assim, preocupou-se em disciplinar a sua conduta social por normas igualmente universais, dedicadas a um “sujeito” genérica e abstratamente considerado, mas perfeitamente definido.

O Estado Moderno, então o novo titular exclusivo da produção e da aplicação jurídicas, passou a reconhecer normativamente a pessoa humana como sujeito de direito, diferenciando a comunidade humana da comunidade jurídica. A compreensão dessa realidade e de suas implicações, contudo, somente pode ser obtida pela análise das inúmeras mudanças econômicas, políticas e sociais provocadas pelos “processos globais de racionalização (...)”⁸⁰ que marcaram os quase sete séculos de formação do Estado Moderno, cuja jornada foi marcada por sucessivos movimentos de descoberta, criação e exclusão.

Dentre essas mudanças, a Baixa Idade Média foi marcada pela laicização do conhecimento e pelo enfraquecimento político da Igreja Católica Romana. Como uma das maiores características da modernidade, o exercício da crítica pelo uso da razão determinou que a dúvida fosse lançada sobre todas as verdades estatuídas no período medieval essencialmente por atos de autoridade da Igreja Católica Romana nos âmbitos social, político, econômico e jurídico. Passando a discutir e, sendo o caso, a atacar os dogmas religiosamente sustentados, pelos quais se disciplinava a conduta social, o racionalismo buscou um mundo moderno desencantado e sem mitos, desvinculado da *fides* e reduzido a um “sistema de afirmações unívocas”⁸¹ formuladas com base na razão humana.

⁸⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. Ilustração e modernidade. In: _____. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Cia das Letras, 1993, p. 120.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134.

Sobre a verdade até então posta e imposta pela *auctoritas*, procurou-se sobrepor certezas racionalmente deduzidas.

O “saber”, dessa forma, deixou de ser monopólio da Igreja Católica e passou a ser laborado e construído pelos homens através de ciências⁸² que adotaram a natureza como seu objeto de análise central. Fazendo uso da experimentação e do pensamento desenvolvido especialmente segundo métodos matemáticos, as ciências afastaram a simples vontade de Deus como explicação aos fatos, tornando-se a “(...) nova religião, (...)”⁸³ por força das suas inovadoras descobertas.

O racionalismo, dessa forma, além de ter provocado a laicização do conhecimento, propiciou a formação “de um novo tipo social, o cientista, (...)”⁸⁴ e a formação de uma classe social, que, atendendo aos reclamos da aristocracia monárquica fortalecida durante a Alta Idade Média, representou o instrumento de enfraquecimento político e jurídico da Igreja Católica Romana já por volta do século XII. Tratava-se da classe dos juristas, formada pelas universidades européias recentemente criadas, justamente por força do processo de racionalização que marcava a modernidade, a começar pelo Renascimento do século XII⁸⁵.

⁸² A ciência assumiu o papel que até então era reservado à religião, dando surgimento à classe dos cientistas, cujo interesse inicial, visando à quebra de dogmas e sacralizações, é voltado à natureza e, mais especificamente, por ser uma ciência exata, à matemática. Por conta disso, o desenvolvimento do saber acabou sendo polarizado pelo modelo matemático, especialmente segundo a física de Newton, baseada na observação e experiência. Segundo Martins-Costa, a própria filosofia acabou por se vincular aos fatos naturais e aos modelos matemáticos, como em Giordano Bruno e Pierre de la Ramée (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 95).

⁸³ ROUANET, Sérgio Paulo. Ilustração e modernidade. In: _____. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Cia das Letras, 1993, p. 134.

⁸⁴ Segundo Judith Martins COSTA, nessa classe poderiam ser incluídos Giordano Bruno, Galileu Galilei, Newton, Francis Bacon, Descartes (**A boa-fé no direito privado** ..., p. 135).

⁸⁵ Segundo bem ressalta Judith Martins COSTA, as universidades “serão o celeiro, por excelência, do material humano que possibilitará a constituição das estruturas burocráticas do Estado Moderno” (**A boa-fé no direito privado**, p. 67). Não obstante, surgem ao desempenho de um papel dúplice frente à Igreja e ao Império. Enquanto aquela buscava recrutar pessoas qualificadas ao combate das heresias, às tarefas de ilustração e à formação de juristas competentes à defesa da moral, esse buscava a formação de uma classe jurídica que pudesse proceder à administração organizada segundo o crivo de normas coativas e contrapor-se às investidas da Igreja.

Insatisfeita com a restrição do seu poder político, sempre subjugado ao poder não temporal da Igreja Católica Romana, a monarquia aristocrática passou a travar desde os últimos anos do século XI, longa luta voltada à hegemonia e à supremacia do seu poder político temporal⁸⁶. A ferramenta adotada no seu ataque foi essencialmente o incremento teórico daqueles que se propunham a, titularizando o poder, responsabilizar-se pela constituição e organização das novas estruturas políticas (as quais viriam a delinear a formação ao Estado Moderno). “Para contrapor-se à imensa força política da Igreja e defender-se perante as suas pretensões no terreno laico e, paralelamente, suprir e administrar o crescente aparelho burocrático do Estado”⁸⁷, a classe aristocrática buscou subsídios racionais nos conhecimentos dos juristas.

Os juristas, segundo o cuidado de docentes cuja formação remontava às origens medievais, tiveram sua formação centrada no direito romano e, mais especificamente, nos textos de Justiniano⁸⁸. Como novos funcionários do Império, forneciam ao soberano os argumentos jurídicos hábeis à imposição dos fins políticos almejados, proporcionando o gradual enfraquecimento da Igreja Católica e o equivalente fortalecimento monárquico, gradativamente alcançado pelo processo de organização racional do aparelho estatal.

A Igreja, dessa forma, além de perder a exclusividade do saber, deixou de ser a única instituição organizada remanescente à queda do Império Romano, sendo substituída gradualmente, no alvorecer dos tempos modernos, por uma organização que, ao final do seu processo de burocratização, representaria

⁸⁶ O poder temporal, até então subjugado ao domínio da Igreja como titular do poder não temporal, com a supremacia do poder laico, passou a ser posto como defensor do papado ainda segundo a mesma visão da Teoria das Duas Espadas, mas em posição invertida (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 63, notas 74 e 75).

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 67.

⁸⁸ “O direito romano, que foi ‘redescoberto’ por volta dos séculos XI-XII, não era, contudo, o direito romano clássico, mas as compilações redigidas segundo o comando de Justiniano no século VI e que só na Idade Média recebem o nome de Corpus Juris Civilis. Estas compilações compreendiam o Digesto, vasta recolha de fragmentos de textos extraídos dos juriconsultos clássicos, o Codex, obra que reagrupa as constituições imperiais romanas, as Institutas, manual composto para o uso de estudantes, e as Novellas, redigidas mais tarde, em 556, reunindo as constituições editadas pelos imperadores romanos após a redação do Codex. Na Idade Média esta subdivisão sofrerá algumas modificações, (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 61, nota 64).

o Estado Moderno. O trabalho dos juristas, portanto, acabou dando base à “centralização do poder real”⁸⁹ e à conseqüente consolidação das monarquias absolutistas européias, as quais, não obstante seu autoritarismo, são atualmente apontadas como a primeira expressão *stricto sensu*⁹⁰ do Estado Moderno, por terem propiciado a concentração do poder na pessoa do monarca, que passou a exercê-lo sobre uma unidade territorial constituída segundo uma visão expansionista.

Nessa fase inicial da Idade Moderna, entretanto, manteve-se preservada a personalização do poder, com suas conseqüentes relações de dependência pessoal⁹¹. O monarca representava a própria soberania estatal, havendo tamanha identificação entre a figura do Estado e a sua pessoa que, no início da fase absolutista, Luiz XIV - o Rei Sol, manifestava seu poder absoluto e autoritarismo dizendo *L'État c'est moi* – “O Estado sou eu”.

A base de sustentação desse poder monárquico absolutista estava aliçada na idéia do Leviatã de Hobbes⁹², segundo o qual o poder tinha origem

⁸⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 63.

⁹⁰ Linares Quintana menciona como primeira forma de Estado centralizado, o Estado Estamental, figura posta na transição entre o Estado Medieval e o Absolutista (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27).

⁹¹ Essa dependência poderia ser verificada na própria classe dos cientistas. Não obstante a atividade científica fosse reconhecida e festejada na época da Renascença, os cientistas não recebiam retribuição pecuniária por seu trabalho intelectual. A gratuidade do seu labor obrigava-os a desenvolver outra atividade intelectual que garantisse sua subsistência, e que muitas vezes acabava subjugando-os à autoridade dos que lhes proviam o sustento. “O cientista renascentista será um médico ou um jurista, ou se dedicará ao ensino universitário ou privado, ou viverá segundo a proteção da Igreja, de uma Corte ou de um mecenas” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 95).

⁹² O contratualismo moderno floresceu no intercurso dos séculos XVI a XVIII, sustentando que a *origem do Estado* e o *fundamento do poder político* estariam no acordo de vontades – Contrato Social, cujo efeito imediato seria o fim do Estado Natureza (estágio pré-político) e a constituição do Estado Civil (sociedade política). Defendia, em suma, que o Estado Social e Político é uma criação artificial da razão humana através do *consenso* da maioria, tendo por finalidade suprir as deficiências e inconveniências inerentes ao estado da natureza. Como apontam Streck e Moraes, “o contrato clássico aparece como instrumento de legitimação do Estado – já existente -, e a base sistemática de construção do sistema jurídico” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31). Divergiam os contratualistas, dentre as suas teorias, não quanto ao instrumento de legitimação do poder – o contrato, mas quanto ao conteúdo desse “pacto”. *Thomas Hobbes* afirmava que, pelo contrato, os indivíduos transferi-

divina e, por isso, não era passível de limitação ou de controle por outro poder terreno⁹³. Os monarcas atuavam como senhores (“proprietários”) dos “seus” Estados, exercendo o poder de *imperium* como direito absoluto e inquestionável recebido da sua posição de terceiro não partícipe do “contrato social”, e, assim, libertando-se até mesmo dos limites postos pelas jurisdições infra-estatais. A sua forma de dominação era ainda a carismática, de maneira que o antes vassalo do período medieval passou a ser súdito do monarca, não mais do senhor feudal, e continuou a manter frente à autoridade daquele, forte relação de dependência pessoal.

Na gênese do Estado Moderno, portanto, houve um processo direcionado à centralização do poder de comando sobre o território, antes disperso entre a Igreja, os nobres e os feudos. O Estado, identificado na pessoa do monarca, chamou a si a titularidade do poder político, procurando assumir uma autonomia social e política em face da qual pudesse atuar desvinculadamente de outra instituição ou poder de nível interno ou intermediário, sempre tentando aprimorar o fortalecimento do seu aparelho.

Como poder não somente central, mas também centralizador na pessoa do monarca, o Estado Absolutista passou a organizar-se burocraticamente, assumindo, com vistas ao monopólio, serviços essenciais à manutenção da ordem externa e interna, como o sistema monetário, o sistema fiscal (com reordenação da imposição e do recolhimento de tributos), o exército nacional e a realização do direito. Pretendendo não apenas a libertação em face dos poderes superiores – o Império e a Igreja - mas também a unidade política do seu território, a organização burocrática acabou sendo direcionada à produção jurídica, de maneira que o direito passasse a ter como fonte aquele órgão legitimamente investido no poder.

am todos seus poderes a um não partícipe, buscando, exclusivamente, segurança. O Leviatã, então personificado na figura do “monarca”, era tido como verdadeiro “deus mortal”, exercendo seu poder ilimitadamente (“tudo pode”, não havendo parâmetros naturais à sua ação) e tendo como único pecado a sua fraqueza.

⁹³ Ainda nesse momento remanescia a crença sobre uma verdade construída sobre a vontade de Deus, e não de uma lei mundana construída pela razão humana.

Concomitantemente a essas mudanças políticas, o capitalismo começou a desenvolver-se como novo modo de produção nos Estados absolutistas, coexistindo com o modelo feudal herdado da Idade Média. As relações econômicas, até então exclusivamente pessoais e orientadas e limitadas pelas necessidades básicas do consumo local, ganharam contornos mais impessoais, dando início a uma economia voltada a mercados distantes, anônimos e numerosos. A produção deixou de ser exclusivamente dirigida à satisfação das necessidades dos seus destinatários e passou a representar o lucro da classe produtiva. A economia, até então doméstica, “começa a desprender-se de sua raiz etimológica, *oikos*, a casa, com o mercantilismo que a torna *koiné*, pública, posto que orientada num espaço mais amplo induzido e controlado publicamente. A economia doméstica transmuda-se então em economia política”⁹⁴. Surgiu, assim, paralelamente à ascensão política da aristocracia absolutista, a formação da classe dos mercadores, posteriormente nominada “burguesia”.

Nesse momento, teve início a desvinculação não apenas da Igreja em relação ao poder político, mas entre poderes que eram diretamente vinculados no período medieval: o poder político de controle social, atribuído ao Estado-instituição e personificado no monarca, e o poder econômico, exercido pelos particulares (sociedade civil). Materializou-se a tricotomia entre a sociedade política (Estado), a sociedade civil e a Igreja, cujas distinções são “as principais especificidades que marcaram a passagem da forma estatal medieval para o Estado Moderno”⁹⁵.

Estabeleceu-se, dessa forma, com o passar do tempo, uma separação nas esferas de domínio dos estamentos sociais, ainda particularizados por um critério funcional que, posteriormente deixaria de existir: enquanto os monarcas limitavam-se ao exercício do poder político, consumindo patrimônios e fortunas (não incrementados em face do seu afastamento dos atos negociais), a burguesia dedicava-se ao “mercado”, crescendo em número e força, concentrando ri-

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 133.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26.

quezas e formando patrimônios. “A monarquia absolutista não foi jamais a burguesia politicamente no poder”⁹⁶; afinal, no nascedouro do capitalismo era conveniente aos mercadores abdicar do poder político em favor do monarca segundoerano e centrar sua atenção e preocupação na atividade mercantil que lhes era tão generosa.

Diante disso, em que pese tenham sido a manifestação primária do Estado Moderno, as monarquias absolutistas não provocaram mudanças radicais em relação à sociedade feudal no que se refere ao particularismo ensejador das relações jurídicas pulverizadas e, conseqüentemente, do particularismo caracterizador das normas contidas nas ordens ainda fragmentadas. A desigualdade provocada por critérios de riqueza, estirpe e origem ainda imperava como princípio aceito entre os homens da recente modernidade, especialmente considerando ainda coexistirem na época absolutista os modos de produção característicos dos períodos históricos feudal e capitalista.

Os indivíduos, dessa forma, ainda eram distinguidos por diferentes estatutos socio-jurídicos, por força dos quais se mantinham, como pessoa, na dependência do seu grupo de origem ou classe social. Segundo os ensinamentos de Capelo de Sousa, para São Tomás de Aquino (1225-1274) as leis em geral sempre refletiam um direito objetivo, que, não obstante expressasse ordens dirigidas aos homens, tinha como objeto central, por reivindicações dos seus próprios destinatários, não a proteção dos homens em si como ontológica entidade humana, mas a “defesa de seu particular estatuto jurídico face à distribuição social geral”⁹⁷.

O recurso aos juristas, e conseqüentemente, aos textos jurídicos romanos, portanto, não trouxe inovação suficiente para a provocação de mudanças no referente ao particularismo herdado do Medievo. Apesar de o reconheci-

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado** ..., p. 46.

⁹⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 62.

to científico daquela classe ter gerado um despertar na atividade jurídica⁹⁸ mediante “intenso labor de pesquisa, de crítica e de organização das fontes jurídicas”⁹⁹, essas fontes continuaram as mesmas e, logo, produzindo normas igualmente casuístas. Esses juristas, no entanto, se, por um lado, firmaram uma posição de antítese ao direito canônico, lançando a idéia de fazer o novo direito comum¹⁰⁰ do direito romano, que até o século XI vivera um período de descenso ante o predomínio das leis bárbaras e do direito consuetudinário, por outro, como “conselheiros” da monarquia, propunham a submissão à autoridade (mandados e proibições) do sagrado *Corpus Juris Civilis*, atuando como simples gestores de um complexo sistema de fontes, sem visar à composição de uma unidade jurídica.

O pensamento jurídico, dessa forma, era peculiarmente desenvolvido. O material jurídico sobre o qual atuavam ainda era composto por normas essencialmente consuetudinárias, produzidas segundo a experiência concreta de cada grupo e ditadas ao caso particular. Por força do seu casuísmo, essas normas eram dotadas de mobilidade e plasticidade que impunham lacunas, ambigüidades e contrariedades, reclamando árduo trabalho dos intérpretes. Por tal razão, na interpretação dos textos normativos os juristas realizavam a uma atividade criadora em face do caso concreto, partindo “do confronto de vários pontos de vista conflituais e simultaneamente vigentes, cuja adequação e importância recí-

⁹⁸ Especialmente durante a Querela das Investiduras nos anos de 1075 a 1122, na qual os sujeitos (Papado e Império) em luta fazem uso constante dos textos jurídicos de direito romano e de direito canônico (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61, nota 62).

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

¹⁰⁰ Segundo Szaniawski, “em fins do século XI, nascia a Escola dos Glosadores de Bolonha, renascendo com esta o direito romano justinianeus. O renascimento do direito romano praticado no Baixo Império Romano, interpretado pelos glosadores, veio juntamente com novas idéias político-sociais que tendiam para a centralização do poder. O direito romano justinianeus, comentado pelos glosadores, tornou-se, desta maneira, direito comum medieval, vigendo em toda a Europa até o advento do século XIX” (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 34). Segundo Capelo de Sousa, “no séc. XI e, sobretudo, no séc. XII com a Escola dos Glosadores, irradiando a partir de Bolonha e, em parte antiteticamente ao direito canônico, assiste-se ao renascimento do direito romano justinianeus, em sintonia, aliás, com movimentações no sentido da centralização do poder real” (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 58).

procas são verificadas para cada caso concreto”.¹⁰¹ Faziam uso do pensamento tópico, modelo de raciocínio herdado de Aristóteles¹⁰², segundo o qual

(...) cada regra ou princípio “tem um valor apenas provável, constitui apenas uma sugestão quanto à resolução da questão, representa apenas um ponto de vista de enfoque do caso concreto; e é só no momento da decisão de uma situação histórica e concretamente determinada [caso por caso, portanto] que se avaliará da adequação [e, logo, da vigência] de cada norma ou princípio.”¹⁰³

Para o desenvolvimento desse raciocínio os juristas serviam-se de instrumentos como a retórica e a dialética, por meio dos quais, diante das inúmeras possibilidades de solução a um mesmo problema concreto, consideravam os diversos argumentos levantados para cada uma e buscavam conciliar os textos aparentemente discordantes, harmonizando os fragmentados conjuntos de direito e, assim, alcançando uma solução que não sacrificava o direito comum por eles proposto nem os direitos particularizados.

¹⁰¹ HESPANHA, Antonio Manuel *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 74.

¹⁰² Ao trabalhar a acepção de sistema como “modelo de organização de certo ordenamento”, Martins-Costa distingue métodos de raciocínio distintos, afirmando que “nos direitos que encerram um sistema fechado, o pensamento jurídico, dito *axiomático*, opera por meio de deduções lógicas, podendo deduzir todas as proposições a partir de certas noções, ou proposições, ou axiomas, ou ainda princípios fundamentais. Já nos conjuntos normativos que operam a partir do caso, o método de raciocínio será o *tópico*: o raciocínio não parte do sistema, mas do caso particular, buscando as premissas que poderão, eventualmente, ser válidas para a solução do caso particularmente considerado” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 44).

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 75. Martins-Costa, ao diferenciar o modelo da hermenêutica moderna da tarefa hermenêutica medieval, aponta a impossibilidade de aplicação daquele ao desenvolvimento dessa diante da ausência de três elementos essenciais: a inexistência de um sistema escalonado de regras que permitisse o encontro de soluções com base em cadeias lógico-dedutivas; a não circunscrição das regras a um só conjunto normativo pleno, “carente de lacunas e antinomias, de modo a permitir a busca de soluções num sistema de auto-referência”; e, a inexistências de regras gerais aplicáveis a todos na mesma medida e intensidade. A pluralidade de normas casuístas não hierarquizadas e distribuídas em diversos conjuntos normativos impossibilitava uma interpretação lógico-dedutiva sobre normas abstratas, “perfazendo uma cadeia de encadeamentos dedutivos das proposições de maior às de menor grandeza, e explicitando o seu sentido segundo critérios filológicos, lógico e sistemáticos de antemão estabelecidos (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 74).

Entre os séculos XIII e XIV, segundo o influxo dos ensinamentos de São Tomás de Aquino, para o qual se impunham uma laicização e relativização da idéia de direito e de justiça, a atividade dos juristas ultrapassou os limites da simples compreensão da vontade expressa na lei e passou a ser norteadada pela idéia de *aequitas*, novo “princípio superior de validade do direito positivo”, pelo qual se buscava uma harmonização entre as normas e a realidade da vida. Segundo ressalta Judith MARTINS-COSTA,

diante da realidade multifacetada se busca ‘a manutenção de uma relação constante (identidade de soluções) entre o direito e essa realidade; entre os imutáveis textos romanos e a realidade movente’. Daí a importância da *aequitas* como parâmetro de interpretação, a qual será alcançada em especial através da dialética *mens-verba*, ou, como já referi, a dialética entre o texto e o espírito (hoje diríamos finalidade) da norma¹⁰⁴.

Assumindo a interpretação uma função essencialmente dinamizadora, possibilitou-se a existência de diferentes soluções a um mesmo problema e, conseqüentemente, impossibilitou-se a prévia identificação da disciplina normativa incidente sobre cada caso, o qual veio a ser regulamentado sempre na situação em concreto, segundo a opinião singular do jurista encarregado da sua solução. Essa relatividade promovia incerteza e obscuridade no *direito comum*, então desenvolvido não tendo em vista uma norma neutra instrumentalizada por um logicismo abstrato, mas uma norma justa, construída e operacionalizada em nome da *aequitas*¹⁰⁵ exigida perante o caso concreto. O direito comum era, portanto, uma “obra de juristas práticos”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ **A boa-fé no direito privado** ..., p. 87.

¹⁰⁵ “Não existindo então, como ocorre hoje, uma pirâmide de hierarquia das várias fontes de produção jurídica, coexistindo, num mesmo ordenamento, vários sub-ordenamentos com idêntica validade, ausente a atividade legislativa com caráter dominante, o jurista medieval – assim como o do início da Idade Moderna, inaugurada no liminar do século XVI com o Humanismo – não é o mero leitor de texto normativo, o técnico da normatividade formalmente compreendida, a boca do *dicere legem*: diferentemente, é o arauto do *dicere ius*. Por isso, os *doctores* deveriam procurar formas de resolver as contradições entre os vários ordenamentos que mantivessem em vigor, simultaneamente os princípios e as normas em conflito: a decisão será, então, o produto de uma ponderação casuística dos princípios e regras conflituais, sendo en-

Diante da relevância que assumiram política e socialmente segundo o *status* de detentores do saber jurídico e no desenvolvimento da interpretação criadora e dinamizadora, os juristas provocaram uma inesperada inovação em prejuízo justamente do direito romano, sobre o qual haviam edificado o seu saber. Por um lado, provocaram o “afastamento, progressivo, dos textos romanos, em razão da proliferação, no tempo, das opiniões doutrinárias, muitas vezes divergentes sobre um mesmo problema, (...)”¹⁰⁷; por outro, o afastamento da sua atividade científica da própria finalidade política para a qual foram reconhecidos no seu saber, pois “(...) tendiam a antepor ‘a razão natural’ à vontade do segundoerano, ‘arrogando-se a faculdade de interpretar o direito de acordo com os princípios do direito racional [isto é, o direito comum], ou mesmo reclamando o direito de o derogar no caso de contrariar os dogmas fundamentais – o direito natural, a *ratio*, a causa *juris*.”¹⁰⁸.

Afastados da sua base teórica e dos fins para os quais foram reconhecidos como instrumento do absolutismo, os litígios submetidos aos juristas acabavam sendo transformados em uma “obscura e infundável massa de papéis, fraudes e divergências insolúveis”¹⁰⁹. Por sua atuação jurídica, portanto, os juristas preservavam e instigavam os particularismos de cada uma das ordens objeto da sua atenção, sem se preocupar com a unificação dos conceitos presentes em cada qual e com o estabelecimento de categorias universais. Portanto, a consagração do direito romano como direito comum na fase absolutista não “derrubava a individualidade histórica do particularismo, antes o justificava, como um contraponto, compondo a unidade daquela multiplicidade”.¹¹⁰. Segundo Rabin-drath Valentino Aleixo Capelo de SOUZA,

contrada através de um raciocínio tópico-dialético” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 88-89).

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 211.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 89.

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 89.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 89.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 72.

(...) não se observa na Glosa qualquer evolução significativa da tutela da personalidade, mantendo-se o âmbito e as características da *actio iniuriarum*, mas agora sem o suporte, na sua aplicação prática, do conhecimento jurídico e da sensibilidade do pretor romano. E o estado das questões da tutela da personalidade não se alterou no séc. XIV com a Escola dos Comentadores¹¹¹.

Os indivíduos ainda eram distinguidos por estatutos sociojurídicos preservadores do particularismo caracterizador das relações jurídicas fragmentadas. A tutela da personalidade, por sua vez, manteve-se entroncada na matriz do direito romano justinianeu, restando ainda vinculada ao modelo da *actio iniuriarum*, conforme reconhecido na própria glosa de Arcúcio do século XII e nos Comentários de Bártolo do séc. XIV¹¹².

1.2.3. Pessoa e personalidade: pensamento filosófico-jurídico medieval europeu

Não obstante essa continuidade nos modelos jurídicos, as construções filosóficas na Europa medieval lançaram “as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa”¹¹³.

Elimar SZANIAWSKI traz diferentes concepções formuladas no Medievo sobre a pessoa humana (Boécio, Zambrano, Alberto Magno, Santo Tomás, São Boaventura, Gonella)¹¹⁴ e que retratam exatamente o início da descoberta do ser humano enquanto pessoa distinta do grupo social por força da sua individualidade.

¹¹¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 59.

¹¹² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 59.

¹¹³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

¹¹⁴ **Direitos da personalidade e sua tutela**. ... , p. 22-23.

de. Essas concepções, pela sua pertinência às construções da atualidade, impõem sejam resumidamente retratadas para fazer-se posterior remissão.

Segundo Elimar SZANIAWSKI, Boecio elaborou uma das mais antigas definições de *pessoa*, dizendo-a “*naturae rationalis individua substantia*, isto é, a substância individual de natureza racional”¹¹⁵. Por essa definição – “expressão do jusnaturalismo cristão”¹¹⁶ - Boecio reconheceu o ser humano, a pessoa, como indivíduo e substância, isto é, como um ente que existia em si. Essa definição inspirou outros pensadores medievais, como São Tomás de Aquino (1225-1274) e São Boaventura de Bagnorea, que, embora afirmassem que “a idéia de pessoa implicava a de indivíduo”¹¹⁷, não estabeleciam exata correspondência entre ambas. Para Boaventura, enquanto “a individualidade deriva de sua matéria e de sua forma”¹¹⁸, a pessoa é o indivíduo dotado de uma certa dignidade proveniente de sua forma, sendo irrelevante a sua matéria, pois pertinente exclusivamente à sua individualidade.

Para São Tomás, diferentemente, a individualidade deriva da matéria – de uma substância concreta considerada num todo indivisível, ao passo que a pessoa é a substância individual dotada de uma dignidade originária da sua essência racional, de maneira que a personalidade seria “a substância individual de uma essência racional”.¹¹⁹ A razão faria da pessoa um princípio de ação autônomo, sendo o “pressuposto de sua dignidade”¹²⁰. “A idéia de dignidade teve origem na concepção cristã de pessoa como uma substância racional, e no princípio da imortalidade da alma e na ressurreição do corpo”¹²¹, sendo representa-

¹¹⁵ **Direitos da personalidade e sua tutela.** ... , p. 22.

¹¹⁶ OLIVEIRA, José Lamartine de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 19, 1978-1980, p. 230.

¹¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** ..., p. 22.

¹¹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** ..., p. 22.

¹¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** ..., p. 23.

¹²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** ..., p. 23.

¹²¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** ..., p. 23.

tiva do “acréscimo das obrigações da pessoa. A escala da dignidade da pessoa possui muitos graus que são os mesmos graus do progresso moral”¹²².

Diante dessas construções, se, por um lado, o período medieval não trouxe relevantes mudanças com relação às noções jurídicas de pessoa e personalidade, dando continuidade ao mesmo particularismo e desigualdade que marcaram a Antiguidade, por outro, por força da racionalidade e do individualismo que começaram a marcar a passagem à modernidade, ainda no baixo Medievo, o pensamento filosófico-jurídico europeu passou a centrar-se na idéia do ser humano como pessoa.

Essas reflexões provocaram a valorização do homem como pessoa e, ainda no século XIII, a germinação da noção de direito subjetivo como estruturas da vontade humana posicionadas em face de um direito objetivo que, justamente pelo particularismo que marcava as relações sociais, até então era compreendido como simples ordens dirigidas aos homens tendo por objeto não a proteção dos mesmos como entidades humanas, mas a defesa do seu particular estatuto jurídico na distribuição social.¹²³

Segundo as idéias iniciais de liberdade, de individualidade, de contrato social e de *ius* como poder da vontade individual¹²⁴, originárias da meditação escolástica na Baixa Idade Média, as referidas estruturas da vontade compreendidas na noção de direito subjetivo foram vislumbradas como pólo de autonomização e libertação dos homens já segundo a condição de indivíduos dotados de dignidade e, assim, detentores de poder sobre si e merecedores de proteção pela sua mera condição de entidades humanas.

Essas construções, séculos mais tarde, fundamentariam a noção essencialmente jurídica de pessoa e personalidade e, no caso específico do direito

¹²² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. ... , p. 23.

¹²³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 62.

¹²⁴ Segundo Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de SOUZA, as idéias de liberdade e de individualidade seriam de Duns Scotus (1270-1308), sendo baseadas no voluntarismo de Platão e de Sant Agostinho; a teoria do contrato social seria de Marsílio de Pádua (1278-1342); e o entendimento do *ius* como poder da vontade individual seria de Guilherme de Ockam (1300-1349) (**O direito geral de personalidade** ..., p. 62).

subjetivo, após os movimentos de contraposição do Renascimento e do Humanismo no séc. XVI, segundo o entendimento do *ius in se ipsum* - direito sobre a pessoa, constituíram “a rampa de lançamento de um direito geral de personalidade”.¹²⁵ Segundo Szaniawski, o Renascimento e o Humanismo “(...) conduziram os juristas da época à formulação do *direito geral de personalidade*, como um *ius in se ipsum*, surgindo as primeiras noções de direito subjetivo e a existência de um poder de vontade individual.”¹²⁶

1.3. IGUALDADE E GENERALIDADE

Esse quadro, no qual os indivíduos eram distinguidos juridicamente por estatutos particularistas em relações jurídicas fragmentadas e a tutela da personalidade era ainda vinculada ao direito romano justinianeu pela *actio iniuriarum*, sofreu alteração num processo de reconhecimento e proteção da pessoa humana pelo Estado, cujas raízes mais profundas encontraram sustento no liberalismo desenvolvido na Inglaterra no final do séc. XVII. Segundo Szaniawski, “(...) ao findar o séc. XVIII, aperfeiçoou-se a monarquia legal, sendo promulgados seus princípios fundamentais que consistiam na *tripartição do poder*, no *sistema representativo*, na *preeminência da opinião nacional*, e na *intangibilidade dos direitos fundamentais do homem*.”¹²⁷

O processo de reconhecimento e proteção da pessoa e da personalidade humana desenvolveu-se ao longo dos quatro séculos que antecederam o séc.

¹²⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 62.

¹²⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

¹²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 24-25; SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

XVIII. A sua peça inicial, contudo, vinculou-se ao momento no qual a aristocracia monárquica uniu seus esforços aos da burguesia em favor dos desígnios da economia capitalista e a burguesia acedeu ao poder político, cujo afastamento já não lhe era mais grato, considerando que, não obstante a sua forte e ascendente posição econômica e cultural, “a organização do Estado e as instituições seguiam refletindo os interesses e as concepções da nobreza e do alto clero”¹²⁸.

O reconhecimento e a atuação política da burguesia determinaram que os ideais burgueses fossem concretizados segundo uma igualdade e liberdade jurídicas refletoras da autonomia reclamada pelo homem moderno, provocando a condenação daquele particularismo e desigualdade medievais e a consagração do liberalismo econômico e político.

Nessa seara, não obstante as construções filosóficas relativamente à pessoa e à personalidade, modernamente, a pessoa humana acabou sendo reconhecida juridicamente segundo a genérica e unívoca categoria do “sujeito de direito”, sendo-lhe atribuídas uma visão e proteção essencialmente patrimonialistas, pelas quais a igualdade e a autonomia foram alcançadas segundo uma concepção essencialmente formal.

1.3.1 Liberalismo: individualismo

Com um desgaste patrimonial que inviabilizava a manutenção do aparelho estatal burocraticamente estruturado¹²⁹, especialmente dos seus exércitos permanentes, os monarcas acabaram buscando sustentação econômica junto à

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 181.

¹²⁹ Segundo Judith MARTINS-COSTA, “a esfera do poder público, já fortemente burocratizada, necessita de capital, e só um eficiente sistema de arrecadação de impostos pode atender à demanda. A máquina estatal se torna, em consequência, complexa, e os sistemas de garantias também se sofisticam.” (**A boa-fé no direito privado** ..., p. 72).

jovem classe burguesa, oferecendo, em retribuição, o seu apoio à política mercantilista. Essa mudança de postura estabeleceu uma fundamental contradição, a qual, segundo Bonavides, provocou nova mudança política com drásticas seqüelas no quadro social e jurídico: “a superestrutura política do feudalismo abrindo à infra-estrutura econômica burguesa caminhos que lhe eram fatais; o absolutismo real aparelhando enfim a crise revolucionária que teria como corolário sua própria destruição”¹³⁰.

A política, dessa forma, deixou de ser um privilégio da aristocracia monárquica. A burguesia, suficientemente fortalecida economicamente, iniciou um processo revolucionário em face do absolutismo, sustentando o liberalismo como política hábil a garantir uma maior segurança e liberdade de atuação no mercado, pois instrumento adequado à limitação do poder arbitrário dos monarcas (expresso na autoridade das leis por eles ditadas) e à extinção dos privilégios medievais.

A implementação desse projeto burguês veio a encontrar na França o seu palco ideal, que, outorgando àquela classe maior representatividade política (Terceiro Estado) junto aos Estados Gerais (Assembléia Nacional), provocou, indiretamente, a eclosão dos atos revolucionários que, em 1789, derrubariam a monarquia absolutista dos Bourbons¹³¹ e inaugurariam a classe burguesa no poder político pela instituição do Estado Liberal, segundo o lema da “igualdade, liberdade e fraternidade”¹³².

O Estado Liberal, em que se concluiu a passagem ao mundo moderno, nasceu segundo o ideal do individualismo-contratualista de Locke¹³³, pelo qual o

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 47.

¹³¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela** ..., p. 25.

¹³² Segundo Judith MARTINS-COSTA, a passagem ao novo tipo de sociedade burguesa “só se instaurará definitivamente no século XIX, por volta de 1815, aproximadamente, quando, encerradas as guerras napoleônicas, começam a ser enfrentados os problemas do estabelecimento e preservação da paz (...)” (**A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 179).

¹³³ *John Locke*, contrariamente a Hobbes, que entendia que o poder transferido pelo contrato social era absoluto e ilimitado, sustentava que o “*pacto de consentimento*” apenas servia para preservar e consolidar os direitos já existentes no estado de natureza – direitos pré-

poder delegado pelo contrato deixava de ser absoluto, como pregava Hobbes, para ser circunscrito pelos direitos naturais, pré-sociais – na época, vida, liberdade e propriedade –, conservados pelos indivíduos por ocasião da sua vinculação àquele, em razão de o consenso ser dado “segundo a condição de que exerçam o poder dentro dos limites estabelecidos”.¹³⁴ Segundo Bobbio¹³⁵, “(...) através dos princípios de um direito natural preexistente ao Estado, de um Estado baseado no consenso, de subordinação do poder executivo ao poder legislativo, de poder limitado, de direito de resistência, Locke expôs as diretrizes fundamentais do Estado liberal (...)”.

Como uma inovação moderna, o Estado passou a titularizar um poder despersonalizado e despatrimonializado, iniciando-se um modelo de dominação legal-racional pelo qual “(...) obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer”.¹³⁶ A lei, à qual se acabou circunscrevendo toda a noção de direito segundo o espírito jusracionalista, passou a representar o próprio instrumento de legitimação do poder estatal¹³⁷, pois disciplinadora do funcionamento do aparelho burocrático e, assim, libertadora dos limites postos pelas jurisdições infra-estatais.

sociais ou naturais, e dos quais os indivíduos não se desfaziam ao vincular-se. Esses direitos permaneciam, servindo como limite ao conteúdo do ajuste e, conseqüentemente, ao poder segundoerano (à ação estatal), cujo erro deixava de ser a simples fraqueza e passava a ser o “excesso”, para o qual admitia-se o direito de resistência. Desta forma, enquanto em *Locke*, ao associar-se para o estabelecimento da sociedade civil o homem trazia consigo os direitos presentes no estado de natureza, em *Hobbes* havia um total despojamento desses direitos na passagem do Estado Natureza ao Estado Civil, de maneira que, enquanto para *Hobbes* o Estado Civil nascia atribuindo poderes absolutos e ilimitados ao segundoerano, para *Locke* ele nascia duplamente limitado, atribuindo ao “segundoerano” um poder circunscrito à esfera dos direitos naturais, não podendo atuar em contradição aos mesmos e devendo oportunizar a sua fruição.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37.

¹³⁵ *Apud* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado** ..., p. 37.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado** ..., p. 26.

¹³⁷ “O funcionamento regulamentado, de acordo com competências, de um aparelho munido da utilização legítima da força” (Habermas, *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 141).

Não obstante, projetado segundo a teoria liberalista, qualificada como uma “teoria antiestado”¹³⁸, o Estado Liberal, já soberano, nasceu para desempenhar um papel mínimo, “(...) limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções”¹³⁹, e voltado à satisfação dos interesses dos indivíduos. O liberalismo atribuiu-lhe reduzidos poderes e limitadas responsabilidades, cabendo-lhe apenas assegurar a manutenção da ordem e da segurança individuais e a proteção das liberdades individuais, cuja afirmação vinha a garantir qualidades e potencialidades naturais ao homem. O Estado, portanto, era vislumbrado numa visão negativa no sentido da não-interferência, especialmente no mercado capitalista cada vez mais onipresente nas relações econômicas, em prejuízo ao regime feudal.

O ator principal da história moderna, dessa forma, passou a ser o indivíduo em si, que, de mero coadjuvante, por força dos ideais humanistas de fundo individualista e voluntarista e da sua potencialização pelo Renascimento¹⁴⁰, foi posto na condição de centro ou medida do universo, sendo afastada a idéia medieval de que a pessoa não tinha poder sobre si. O indivíduo, extraído da matriz coletiva na qual era inserido na época medieval e absolutista, passou a ser concebido como um ser autônomo ao qual deveria ser assegurado o pleno desenvolvimento das suas potencialidades para, assim, também se resguardar o pleno desenvolvimento do mercado.

O projeto liberalista trouxe marcas políticas, econômicas e jurídicas próprias à Idade Moderna, dentre as quais a mutação no particularismo prevalente

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado** ..., p. 56.

¹³⁹ *Apud* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado** ..., p. 49, nota 51.

¹⁴⁰ Segundo Judith MARTINS-COSTA, o Humanismo, como fenômeno cultural complexo, assim como a Renascença, esteve presente na Idade Média e na Idade Moderna, sendo equivocado reduzi-lo a uma específica periodização histórica. Como uma estação de passagem, o Humanismo seria marcado tanto por descobertas e revelações, como por declínios e decadências (**A boa-fé no direito privado** ..., p. 99). Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de SOUZA, contudo, ressalva que, no plano jurídico, o Humanismo é temporalmente ligado aos séculos XV e XVI (**O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 62, nota 114), mas ressalva que “os movimentos do Renascimento e do Humanismo foram mais contrapólos do sistema conservador medieval do que autênticos períodos, diferenciados e hegemônicos” (**O Direito geral de personalidade** ..., p. 65).

nos períodos antecedentes. Com isso, a desigualdade, até então aceita e pregada, passou a ser atacada pelo valor revolucionário da igualdade, instrumentalizado segundo as idéias modernas do universalismo e do individualismo. Por essas, os homens passaram a ser vistos segundo o crivo de uma igualdade¹⁴¹ em razão da qual eram dissociados do coletivo e descobertos como indivíduos¹⁴², que, em si, eram igualmente dotados de amplas possibilidades criativas em razão da sua comum racionalidade e conseqüente dignidade.

O desenvolvimento dessas aptidões individuais, por sua vez, afastou-se da posição de dependência que caracterizava as relações pulverizadas dos períodos precedentes. Norteados pelo também revolucionário valor da liberdade, passou-se a defender uma idéia de autonomia de acordo com a qual os indivíduos, então postos em nível de igualdade, deixavam de depender do suporte da sua classe e de qualquer autoridade para o desenvolvimento das suas potencialidades.

Como seres autônomos intelectual, política e economicamente, deveriam agir exclusivamente segundo o jugo da sua vontade e interesses. Intelectualmente, deveriam ser livres para se desapegar dos dogmas e preconceitos herdados de séculos de dominação carismática, construindo um saber exclusivamente racional. Politicamente, já intelectualmente aprimorados, deveriam ser livres para se desvincular das tiranias enquanto súditos e participar da gênese e do exercício do poder político pelo uso dos direitos políticos relacionados à representação. Economicamente, por fim, deveriam ser livres para desenvolver no mercado a sua capacidade intelectual e criativa e, assim, atingir um dos pilares do liberalismo – a propriedade privada.

¹⁴¹ Sérgio Paulo ROUANET vincula o individualismo, também, ao valor *liberdade*, dizendo ser o responsável por colocar o indivíduo à prova “não no seu talento em alcançar grandes postos políticos, mas no pleno desenvolvimento de suas faculdades em todas esferas”. Sem pretender discordar desta colocação, pois concorda-se com este efeito do liberalismo, apenas se ressalva entender-se mais adequado sua colocação como parte da própria autonomia intelectual (Ilustração e modernidade. In: _____. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Cia das Letras, 1993, 20).

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94.

A economia, não importunada pela autoridade estatal, seria regida exclusivamente pela autonomia privada, que oportunizaria contratações livres e particularmente disciplinadas, elegendo o contrato como seu instrumento, pois por ele os indivíduos podiam se autodeterminar e satisfazer aos seus interesses, em total posição de igualdade. Dizia-se, segundo Dallari¹⁴³, que “cada homem é o melhor juiz de seu interesse e deve ter a liberdade de promovê-los segundo a sua livre vontade”. Pelas contratações, segundo os auspícios do universalismo e do igualitarismo, o mercado acabaria por se autodisciplinar, sem a necessidade de uma intervenção externa. A competição entre indivíduos dotados de autonomia intelectual seria saudável e suficiente para garantir a cada um o que é seu. “A mão divina da providência (livre concorrência) traria ordem e riqueza aos interesses concorrentes”¹⁴⁴.

Diante disso, como centro da atenção e preocupação do racionalismo moderno, os indivíduos passaram a ser concebidos como entes que, considerados em si, seriam iguais entre si, pois idênticos na sua natureza de seres humanos racionais, e que, segundo a autonomia da sua razão, seriam dotados de suficiente aptidão para, livremente, segundo a sua vontade e escolha, agir no espaço político e econômico, firmando relações cuja disciplina também seria originária da auto-regulamentação (garantida a liberdade de iniciativa, a vontade passou a ser fonte de direitos e deveres, assumindo amplo espaço de atuação jurídica garantido pela lei).

a) Direitos originários (séc. XV a XVI)

¹⁴³ *Apud* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado** ..., p. 55.

O indivíduo, como protagonista da Idade Moderna nas searas política, econômica e social, também passou a ocupar, filosófica e juridicamente, a posição central da discussão entre os pensadores, no sentido de ser justificada a sua autonomia pela sua condição de ser racional e, como tal, merecedor de proteção estatal.

Dessa forma, se durante a Idade Média e a fase absolutista os indivíduos ainda eram posicionados frente ao seu grupo e, por isso, o direito objetivo ainda tinha por objeto a defesa do seu particular estatuto jurídico na distribuição social, na Idade Moderna, pelo individualismo preponderante, o interesse deslocou-se ao estudo da pessoa em si, regido pela preocupação de definir com precisão a noção de pessoa e personalidade e, conseqüentemente, de estabelecer tutelas da personalidade que não se resumissem à antiga *actio iniuriarum*. Conforme Elimar SZANIAWSKI¹⁴⁵,

(...) surgiu, paulatinamente, nos séculos que se seguiram a esse longo período, a afirmação como poder do *ius in se ipsum*, a manifestação de diversos direitos inerentes à pessoa humana. Nos séculos XV e XVI já havia, em estado embrionário, um conceito de *ius imaginis* e a absorção plena da máxima *dominus membrorum suorum nemo videtur*, que dizia respeito ao direito de alguém sobre seu próprio corpo, apesar dos juristas romanos, na sua maioria, não mais considerarem o direito ao corpo como mero direito de propriedade.

A necessidade dessa proteção da pessoa, entretanto, vindo-se de um regime absolutista e arbitrário, era vislumbrada não perante as relações particulares socialmente firmadas, mas essencialmente em favor do “mercado” e perante o Estado, no sentido de proteger os indivíduos das indesejadas interferências, controles e arbitrariedades originadas do exercício do poder. O Estado, ao desempenhar as suas mínimas tarefas, não poderia afetar a independência e a iniciativa individuais, tão essenciais ao capitalismo¹⁴⁶, de maneira que a sua au-

¹⁴⁵ **Direitos da personalidade e sua tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 24; **Direitos da personalidade e sua tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

¹⁴⁶ No período medieval, a ordem econômica não era conduzida simplesmente pelo mercado, mas diretamente afetada pela ordem jurídica, uma vez que os estatutos particulares,

toridade deveria se conciliar com a autonomia dos indivíduos, mantendo-se numa neutralidade estática. Garantia-se, portanto, a proteção dos indivíduos perante o Estado, afirmando “liberdades” que este deveria preocupar-se em proteger pelo exercício do seu papel negativo, as quais não poderiam ser suprimidas pelo poder político.

As liberdades individuais carregadas no “contrato social” segundo as idéias individual-contratualistas de Locke e que constituíram o objeto de proteção da política liberalista, por serem representativas da própria racionalidade dignificante do indivíduo, encontraram embasamento no sistema antropocêntrico da Escola do Direito Natural, que teve como alguns de seus pensadores Grócio, Hobbes, Puffendorf, Thomasius e Wolff¹⁴⁷.

Segundo as concepções dessa escola, pregava-se a primazia sobre o direito objetivo, de um direito natural que, diferentemente daquele pregado pelo movimento cristão, era deslocado do simples plano da moralidade ao “plano do direito ideal dos juristas”¹⁴⁸, os quais, nos séculos XVII e XVIII, passaram a identificá-lo não mais como uma regra de conduta, mas como um modelo para as instituições jurídicas positivas, fundado em direitos inatos, originários e irrenunciáveis do homem pré-político, como o direito à liberdade (pessoal, social, econômica, civil), à dignidade, ao patrimônio e à vida. A esses se deveria garantir uma tutela com base na noção de dignidade da pessoa humana, de maneira que a liberdade individual e o subjetivismo deveriam prevalecer sobre a ordem objetiva estabelecida. “A Escola do Direito Natural desenvolve amplamente a doutrina do humanismo antropocêntrico, voluntarista e individualista, ao lado da dou-

os costumes em geral, os orçamentos da Coroa, os ditames do rei e os privilégios de classe determinavam “como e com que vai ser distribuída a riqueza e quem a produzirá” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 56).

¹⁴⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 63.

¹⁴⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coordenação); RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et. al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 48.

trina dos *direitos subjetivos*, rompendo, de vez, com a concepção medieval de *poder e direito*, “disputado” entre a Igreja e os monarcas.”¹⁴⁹

De acordo com Plauto Faraco de Azevedo, a Escola do Direito Natural destacou-se, em suas construções, por deslocar “o eixo da atenção que, nos tempos antigos e medievais, orientava o trato da lei natural mais no sentido de deveres do homem, voltando-se, então para a determinação de seus direitos. Esta mudança derivou da preocupação da maioria das teorias da Escola do direito natural no sentido de aparelhar o indivíduo na luta contra o absolutismo estatal.”¹⁵⁰

Por conta dessas acepções inovadoras, com base nas quais se desenvolveu, atribui-se à “*doutrina do direito natural*, desenvolvida a partir dos séculos XVII e XVIII, [...] a elaboração da moderna doutrina do direito geral de personalidade, em meados do século XX”.¹⁵¹

O Estado Liberal, dessa forma, não somente foi compreendido na sua essência e natureza como derivado do “contrato social” como assumiu, desde sua instituição, “como seu fim primordial declarado, a protecção dos direitos humanos originários, derivados do direito natural mas que, pelo seu reconhecimento no direito positivo, se vão transformando em direitos subjectivos”¹⁵². Por força da sua finalidade de protecção dos direitos originários derivados do direito natural, anunciada pelo menos no nível do discurso jurídico,¹⁵³ foi promulgada em

¹⁴⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

¹⁵⁰ Apud CORTIANO JUNIOR, Eroulths. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coordenação); RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et. al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 48.

¹⁵¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

¹⁵² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 66.

¹⁵³ De acordo com Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de SOUZA, esse contexto iluminista e jusnaturalista provocou “medidas legais embrionárias de abolição da escravatura e da pena de morte, bem como da reforma dos castigos corporais” (**O Direito geral de personalidade**, ..., p. 66), seguidas na segunda metade do século XVIII, por compilações regidas segundo os mesmos idéias iluministas e jusnaturalistas, como o Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis de 1756, e o efêmero Código Civil Austríaco de José II em 1786.

1789, logo após a instituição do Estado Liberal, segundo a orientação dos princípios político-filosóficos instituídos pela Revolução Francesa e segundo a pretensão de “liquidar o velho sistema feudal e abrir uma nova era para a humanidade”¹⁵⁴, caracterizada pela liberdade e igualdade de todos perante a lei, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tendo como fundamento as concepções dos filósofos enciclopedistas Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778) e Rousseau (1712-1778)¹⁵⁵, entre outros¹⁵⁶, foi fonte de reforço da proteção individual perante a atuação estatal, no sentido exato da não-interferência. Dispunha (e dispõe, diante da sua atual vigência) no artigo 1º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos” e, no artigo 2º, que “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescrití-

¹⁵⁴ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade: aspectos gerais. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, jan-mar 1978, p. 35.

¹⁵⁵ Diferentemente de Hobbes e Locke, *Jean Jacques Rousseau* sustentava que, enquanto homem (estado natureza), o indivíduo era regido pelo instinto e, assim, por interesses particulares; como ser social e político (estado civil), passava a reger sua conduta pelo “sentimento de justiça” e moral, substituindo aquele instinto pela razão. “*Somente assim quando a voz do dever substitui o impulso físico, e o direito substitui o apetite, o homem, que até então se havia limitado a contemplar-se a si mesmo, se vê obrigado a atuar segundo outros princípios, consultando com sua razão antes de escutar as suas inclinações*” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 39). Assim, para a legitimação do poder estatal, cuja finalidade era o bem comum, Rousseau sustentava ser essencial a vontade geral como demonstração da convergência dos interesses particulares à prevalência do interesse comum. Contudo, não vinculava essa vontade geral à submissão a um terceiro partícipe através de um pacto. A vontade geral teria origem na união entre iguais, renunciando cada qual a seus próprios interesses e em favor da coletividade (do bem comum), de maneira que a segundoerania era instalada no povo, tendo como única limitação o conteúdo do contrato originário do Estado. “*A vontade geral incorpora um conteúdo de moralidade ao poder segundoerano, permitindo que se entenda a obediência como exercício de liberdade e a segundoerania como a ação do povo que dita a vontade geral, cuja expressão é a lei*” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40). O contrato social de Rousseau deu origem ao Estado democrático, pois o poder já não pertencia a um partícipe ou a uma oligarquia, e sim à comunidade. O pensamento dos contratualistas *Hobbes, Locke e Rousseau* retratou as idéias que regeram as concepções do Estado desde sua criação, justificando o poder em suas diferentes nuances.

¹⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25; SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 66.

veis do homem”, sendo esses “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

1.3.2 Jusracionalismo: idealização

A nova moldura social, econômica e política da Idade Moderna, traçada essencialmente pela centralização de um poder segundoerano, pelo modelo de produção capitalista e pela idéia de igualdade entre indivíduos livres e autônomos, determinou a reformulação da própria idéia de Direito e dos modelos jurídicos, no sentido de simplificá-los¹⁵⁷ de modo a facilitar a atuação no mercado capitalista, que denunciava exigências assim resumidas:

a) uma concepção individualista da vida sócio-jurídica fundada em relações interindividuais e, portanto, no efetivo reconhecimento dos direitos subjetivos; b) a secularização dos princípios da igualdade e da liberdade como base da organização das relações jurídicas e do funcionamento das instituições civis; c) um novo perfil ao papel do contrato como expressão da vontade individual, núcleo basilar dos mecanismos da vida jurídica e econômica.¹⁵⁸

Se, durante o período feudal e o absolutista, prevalecia a pluralidade de fontes e de ordens não sistematizadas - como forma de garantir a prática de arbitrariedades e os privilégios de classe - e um verdadeiro “liberalismo jurídico”¹⁵⁹,

¹⁵⁷ Essa simplificação pressupunha, segundo MENEZES CORDEIRO, “a introdução de critérios econômicos na formulação das regras jurídicas, a natureza ab-rogativa e não apenas compreensiva das reformas, perante o Direito anterior, e uma simplificação do próprio conteúdo jurídico (...)” (*apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 177, nota 23).

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180.

¹⁵⁹ Martins-Costa define segundo essa expressão a “pluralidade de posições e soluções para a mesma questão” provocada pelas vastas possibilidades operativas da interpretação dos *doctores* na Baixa Idade Média (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 91, nota 160).

agora o Estado Liberal passaria a interessar-se por estabelecer uma ordem jurídica única, que legitimasse a sua própria instituição como poder e pela qual fosse eliminado o indesejado caráter dispersivo e inseguro do direito, atribuído à ausência de um sistema escalonado de normas, à sua não-circunscrição a um conjunto normativo pleno (carente de lacunas e antinomias) e à particularidade das normas.

Na nova ordem moderna, era essencial ao principal personagem – o homem burguês – que houvesse um direito “*estável*, que garantisse a segurança necessária à previsão e ao cálculo mercantil capitalista”¹⁶⁰; *único*, que possibilitasse o desenvolvimento do comércio sem fronteiras, afastando as dificuldades originárias das ordens particularizadas e garantisse a legalidade em prejuízo às arbitrariedades; e *individualista*, que garantisse a liberdade de atuação no mercado, afastada de limitações comunitárias e privilégios locais. Somente assim seriam viáveis a segura atuação política e a segura comercialização e produção de riquezas.

A estabilidade, unicidade e individualidade do direito somente seriam alcançadas pela elaboração de um ordenamento que, além de ser único na sua fonte e no seu estatuto, fosse construído por normas gerais e abstratas, cujo texto fosse formado por conceitos dotados de exatidão suficiente à aplicação dos métodos matemáticos de raciocínio e cujo conteúdo imodificável possibilitasse antever a configuração dos atos jurídicos e seus efeitos, permitindo seu pleno conhecimento, a pré-avaliação da conveniência e oportunidade da sua prática e a predefinição da posição assumida frente aos mesmos.

Essa unidade era uma exigência da própria igualdade e liberdade eleitas como princípios fundamentais do liberalismo moderno, no sentido de extirpar o particularismo medieval e absolutista e de garantir que todos os sujeitos passassem a ser submetidos às mesmas normas de conduta e, assim, a sofrerem as mesmas regulamentações jurídicas. A elaboração de normas não mais casuísticas, mas genéricas e abstratas, era uma exigência da universalidade também

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 71.

eleita como princípio fundamental por garantir a propalada igualdade e a pretendida liberdade de iniciativa.

A reconstrução do direito com base na concepção jusracionalista, entretanto, veio a ocorrer, efetivamente, apenas no século XIX, após todo um trabalho de ordenação e de sistematização das normas jurídicas, segundo a consideração dos valores do Iluminismo, que, segundo Szaniawski, retratando o pensamento burguês do século XVIII, consistiam “na *liberdade*; na *igualdade* de todos os homens; na *propriedade privada*; no *mercantilismo*; na *tolerância*; e *liberdades filosófica e religiosa*, possuindo por base a razão e o cientificismo”.¹⁶¹

Para a formulação teórica desse projeto inovador foi essencial o anterior trabalho de sistematização, iniciado, ainda no século XIV, no plano da aplicação prática do direito pelos “juristas” da escola do *usus modernus pandectarum*¹⁶² e que se estendeu até o século XVII pelo recurso à comum opinião dos doutores, atualmente apontado como o “primeiro sinal efetivo da tendência à elaboração de um sistema no direito”.¹⁶³

Tratou-se de recurso utilizado para o afastamento das opiniões singularizadas que caracterizavam os julgamentos nos séculos XII e XIII e que levavam à relatividade dos normativos, tão prejudicial pela incerteza e obscuridade jurídica que provocavam. Pela *communis opinio doctorum* invocava-se o argumento de autoridade diante das diferentes e divergentes soluções propostas para cada caso, então mediatizadas por uma razão dialeticamente operacionalizada.

Os *doctores*, dessa forma, passaram a sedimentar, com base em elementos dispersos nas diversas ordens e das fragmentadas decisões jurídicas, soluções unificadoras que, requerendo progressivas construções sistemáticas por processos de sínteses cada vez mais vastas, propiciaram a formação de um

¹⁶¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41.

¹⁶² “Expressão que designa a ‘longa e multifacetada época entre a jurisprudência da Idade Média e a revolução cultural do Jusracionalismo’” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92).

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91.

bloco unitário de princípios e axiomas,¹⁶⁴ “(...) que conduziram, progressivamente, à certeza e à unidade de soluções, de maneira que, na ausência de lei, ou na sua inadequação ao caso concreto, o pensamento unitário dos doutos surgiu como uma norma jurídica”¹⁶⁵. Segundo Judith MARTINS-COSTA, “o caminho para a unificação do material jurídico foi polarizado pela construção, a partir dos elementos pré-sistemáticos e dispersos, de grandes princípios que teriam a função de proporcionar o tratamento global, isto é, sistematizado e unitário de certos setores”¹⁶⁶. E continua: “A jurisprudência assume, assim, a sua direção etimológica - jurisprudentia, transformando-se numa verdadeira fonte de auto-superação e certificação do sistema, um sistema então já projetado pela obra de relativa unificação de soluções e pela construção dos grandes princípios que já permeiam um certo grau de dedução.”¹⁶⁷

A formação desse sistema, entretanto, ainda estava na sua fase germinal¹⁶⁸, não obstante fossem muitas as mudanças jurídicas verificadas desde a Baixa Idade Média, como “(...) o esgotamento do modelo fundado na recepção prática dos textos justinianeus, acompanhado das glosas e comentários, (...) a ultrapassagem do modelo escolástico e do raciocínio tópico-aristotélico, (...) e a criação e a elaboração da idéia da moderna personalidade, a que encontra em si mesmo o cânone e a medida exemplares, (...)”¹⁶⁹.

A idealização de um sistema jurídico segundo a noção moderna implicou, ainda, o prévio e necessário resgate das noções de “totalidade”, “ordem” e “conexão”, verificado ao final do humanismo, por ocasião da “primeira sistemática”,

¹⁶⁴ “Fórmulas que sintetizam as intenções normativas fundamentais do ordenamento” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92).

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 91.

¹⁶⁶ **A boa-fé no direito privado** ..., p. 110.

¹⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 91.

¹⁶⁸ Segundo Judith MARTINS-COSTA, o próprio recurso à *communis opinio* também alcançará o seu esgotamento. “O período que medeia, *grosso modo*, do século XIV ao XVII corresponde a tais construções, que acabam na formulação de axiomas – fórmulas que sintetizam as intenções normativas fundamentais do ordenamento – e, paralelamente, no esgotamento do modelo particularista do direito” (**A boa-fé no direito privado** ..., p. 92).

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 99-100.

e com o advento do jusracionalismo, pela introdução da “segunda sistemática”. Ao final do século XVI, após o longo trabalho jurisprudencial desenvolvido pela *comum opinião dos doutores*, os juristas, inspirados pelo movimento de rejeição a Aristóteles e da dialética escolástica que marcara o humanismo¹⁷⁰, resgataram as noções estóicas de “totalidade” e “sistema” e, com base nelas, dedicaram-se a conferir ao material jurídico uma “arrumação própria”¹⁷¹.

Durante o período identificado como a *primeira sistemática*, ordenaram os textos romanos em geral (inclusive o direito pré-justinianeu e o direito clássico, não apenas o *Corpus Juris Civilis*) fazendo uso das idéias gerais extraídas daqueles segundo uma visão crítica pela qual o posicionavam historicamente e tentavam resgatar o antigo espírito de Roma, sem o peso da anterior sacralização do Medievo pregada segundo a doutrina da *Translatio Imperii*. Segundo Sousa, buscavam “ultrapassar a legitimidade formal da *ratio scripta* dos textos do direito romano (justinianeu) mediante o recurso à razão humana, ao direito nacional e ao direito das gentes das noções civilizadas”¹⁷². A intenção desses doutores era “arrumar para clarificar”¹⁷³, ou seja, simplificar pela ordenação das normas dispersas nas fragmentadas ordens jurídicas na forma de um “sistema de conhecimentos ordenados”¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Segundo Judith MARTINS-COSTA, “os novos cientistas buscam outras fontes gregas, os inimigos de Aristóteles e de sua doutrina”, os helenistas que haviam influenciado a cultura romana, os epicuristas, os céticos e, principalmente, os estóicos, isto é, os filósofos que haviam sustentado, como centro de sua doutrina, o conceito de totalidade. (...) como a possibilidade de um sentido único que vincule todas as coisas que existem no mundo” (**A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 103). A filosofia estóica foi transposta ao direito especialmente através dos ensinamentos de Cícero, sendo apontada como fonte direta “dos humanistas, tanto no que concerne à noção de sistema quanto nas raízes do direito natural” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 106).

¹⁷¹ Menezes Cordeiro *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

¹⁷² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 66.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 109.

¹⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 109.

Desse trabalho surgiu a noção de sistema externo¹⁷⁵, ou sistema de tipo periférico¹⁷⁶, pela qual a idéia de sistematização passou a significar a ordenação externa do conjunto das normas jurídicas “em função de idéias-chave ou princípios, ou axiomas não unificados entre si”¹⁷⁷, sem a preocupação com a existência de vinculação específica e imanente entre aquelas¹⁷⁸.

Sem desprestigiar esse trabalho inicial, o papel fundamental na idealização de um sistema unificado de fontes de produção jurídica e de uma ordem igualmente unificada segundo o conceito moderno de sistema foi desempenhado pelo *jusracionalismo*, “forma ideológica adotada pelo humanismo ao transmutar os princípios do direito natural, (...) assumindo-os como consubstanciais ao homem e à sociedade e mediando-os pelos critérios da razão, a qual teria a força de, por si e isoladamente, reformar o mundo.”¹⁷⁹

Como doutrina que marcou os séculos XVII a XIX, o jusracionalismo foi desenvolvido por intelectuais que, já desvinculados organicamente do poder eclesiástico ou temporal, na sua atuação científica, passaram a agir em descompasso com a escolástica, fazendo escolhas por métodos e finalidades científicas (de pesquisa e ensino) autônomos dos eleitos por essa.

¹⁷⁵ Carin Prediger explica o sistema externo como “(...) o trabalho intelectual de que resulta o conjunto ou totalidade de conhecimentos logicamente classificados segundo um princípio unificador. Os requisitos para a sua existência são formais, residindo na coerência, na perfeição ou completude e independência dos seus axiomas, relacionando-se com a ordem ou método de exposição utilizados para apresentar o resultado, este, no caso, o sistema interno.” (PREDIGER, Carin, *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 150).

¹⁷⁶ Esta seria uma denominação atribuída por Menezes Cordeiro, na obra *Da Boa fé no Direito Civil* (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 100, nota 16).

¹⁷⁷ “Para encontrar o sistema externo, é preciso supor que as normas jurídicas em si mesmas consideradas não tenham, entre si, relações específicas e imanentes, de modo a caber ao jurista vincular umas às outras segundo um “desenho externo ao material jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 100).

¹⁷⁸ “(...) estando as regras jurídicas ainda dispersas em vários ordenamentos, na falta de um centro para o qual reconduzir todos os elementos – carente até mesmo da possibilidade de se pensar “centralizadamente”, isto é, deduzir o raciocínio a partir de certos postulados fundamentais postos como verdades inabaláveis ou insuscetíveis de dúvidas, ao modo geométrico -, a tendência é a de ordenar os elementos díspares, pré-sistemáticos, e mediante uma reconstrução unitária baseada, por exemplo, em elementos de conexão filológicos” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 109).

¹⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 136.

Seguindo a idéia racionalista de que “o passado já não terá o caráter de fundamento de validade da ordem jurídica e poderá ser contestado”¹⁸⁰, os intelectuais apontaram a inadequação do direito romano “para regular as relações de um mundo que, em comparação ao passado medieval, é marcado pelas mais revolucionárias novidades”¹⁸¹, passando a questionar a doutrina da *Translatio Imperii* como seu fundamento de validade por “considerar que os textos justinianeus vigiam tão-só em virtude da recepção por um ‘ato legislativo concreto’”¹⁸².

Inovando, buscaram no direito natural moderno¹⁸³ a base às suas sustentações e construções teóricas, levando a que adquirisse influência direta sobre a ciência jurídica a legislação e a jurisprudência. A razão humana - a *Boa Razão* (a *recta ratio* da Escola do Direito Natural) - foi o critério eleito para a integração das lacunas do direito e a solução dos conflitos entre as disposições normativas. Como um sistema fechado de certezas construídas sobre a base da razão individual, esboçaram o direito como um sistema que partia “de regras ou princípios gerais, as quais, contrapostas ao direito vigente – costumeiro e romanístico –, apenas o validariam se evidenciada a concordância entre esse e o direito natural, cujos postulados assume como internos, conaturais a uma ‘essência’ do próprio direito”¹⁸⁴.

Segundo a inspiração do individualismo, do subjetivismo e do racionalismo modernos, o conceito de direito, para os jusracionalistas, acabou assumindo uma “ambigüidade fundamental”.¹⁸⁵ Por um lado, passou a ser reconhecido no *direito objetivo* representado no comando jurídico, na “lei”, então definida como a “revelação ou expressão da vontade superior”¹⁸⁶, ou seja, daquele poder estatal

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 134.

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 94.

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 92.

¹⁸³ Diferente do direito natural clássico (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 136, nota 158).

¹⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 139.

¹⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 140.

¹⁸⁶ Martins-Costa afirma que, nessa definição, o jusracionalismo acaba encontrando inspiração em matriz religiosa que o conduz a um modelo teológico independente da Revela-

que, caracterizado por uma soberania política, também determinou um absolutismo jurídico ao instituir-se como fonte única do Direito. O Estado soberano passou a centralizar a produção jurídica no ordenamento por ele posto e por ele construído através da lei, criando, segundo a doutrina do *positivismo jurídico*, a idéia de *direito positivo*, no sentido de que “o direito que passa a valer é o direito posto por ato de autoridade política (...)”.¹⁸⁷

Por outro lado, o Direito também passou a ser reconhecido no *direito subjetivo*, como poder da vontade individual, ou “faculdade ou poder moral de agir que nasce do fato de ser indivíduo”¹⁸⁸. Afastando-se da “opinião comum medieval de que a pessoa não detinha qualquer poder sobre si”¹⁸⁹, consagrou-se o direito subjetivo como pólo de autonomização e libertação dos homens em geral¹⁹⁰, vislumbrado, contudo, essencialmente em face das relações estabelecidas entre indivíduos. O *ius in se ipsum* – direito sobre a própria pessoa –, segundo o entendimento jusracionalista, constituiu um poder da vontade individual reivindicado mais em face do Estado do que dos demais indivíduos, de maneira que tinha por objeto, essencialmente, a sua condição de liberdade enquanto governados, sendo posto como “produto de um movimento ideológico democrático e liberal, destinado a proteger o indivíduo contra os excessos do absolutismo

ção que marcou a época medieval (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 142).

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 98.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 140. Segundo Francisco AMARAL, “(...) o Renascimento leva a uma progressiva subjetivação do direito como consequência imediata do individualismo. No campo político, as instituições são tidas como produto do contrato social, fruto do acordo entre as liberdades particulares, e no campo econômico, a livre concorrência, a liberdade no comércio e na indústria são o postulado básico da vida econômica” (**Direito civil: introdução**. 5 ed. rev. atual. e aum. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 190).

¹⁸⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 63-64.

¹⁹⁰ Os direitos subjetivos constituíram “a rampa de lançamento de um direito geral de personalidade, entendido como um *ius in se ipsum*, que não mais deixaria de estar presente na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana” (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 62).

estatal”.¹⁹¹ Segundo Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de SOUSA, com o passar do tempo, esse entendimento bipartido entre liberdade política e liberdade individual determinou que o direito subjetivo fosse convertido numa “(...) inócuca categoria lógico-formal de múltiplos sistemas de idéias algo utópicos e desligados do quotidiano dos homens reais.”¹⁹² Conseqüentemente à autonomização do indivíduo, igualmente passou a ser elaborada a noção de *contrato* como o “acordo de vontades” ao qual se atribuía a força de lei, dando-se existência e validade às normas particulares pelos mesmos criadas.

O Estado soberano, portanto, se por um lado centralizou a produção jurídica em si, por outro, na própria lei por ele posta acolheu a *autonomia privada*, no sentido de reconhecer à vontade dos sujeitos livres o poder de auto-regulamentar suas relações jurídicas privadas. “O poder Público não deve, salvo restritos limites, turbar a livre expressão da vontade, metáfora da liberdade individual”¹⁹³.

Em face dessa inovadora concepção, a instância do jurídico, antes entendida ao “direito dos juízes”, foi restringida à instância do legal¹⁹⁴, de maneira que, se antes a jurisprudência fazia o papel de auto-superação e certificação do sistema jurídico, segundo o influxo do jusracionalismo passou a limitar-se a uma estrita aplicação da lei (posta pela vontade estatal ou pela vontade negocial), garantindo-se contra interesses particulares dos aplicadores, segundo a “ideologia do governo racional dos administradores”.¹⁹⁵ “(...) Na luta contra o absolutismo, a lei foi vista como um baluarte, em via abstrata e geral contra o exercício

¹⁹¹ Michaélidès-Nouaros *apud* AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. rev. atual. e aum. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 193.

¹⁹² **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, *O Direito geral de personalidade*, 1995, p. 80-81.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 182.

¹⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 1999, p. 184.

¹⁹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41.

arbitrário e despótico do poder, inclusive o poder dos juízes, então comprometidos, pela origem de sua própria extração social, com as classes privilegiadas.”¹⁹⁶

Segundo essa visão do direito construída pelo *jusracionalismo*, pretendia-se alcançar “*a ordem da razão*”¹⁹⁷, ou seja, estruturar o sistema não por uma ordenação dos elementos periféricos pré-sistemáticos (segundo pregado pela primeira sistemática), mas por uma conexão centralizadora de princípios internos ou inatos. Atingia-se a noção de *sistema interno ou intrínseco*¹⁹⁸ como um sistema racional e internamente articulado, que representou a própria noção moderna de sistema, segundo a qual

o sistema se fundará em proposições primeiras – os axiomas –, que não requerem demonstração justamente por serem “verdadeiras” ou “inatas”, assim como o são os princípios primeiros da matemática ou da geometria, das quais seguem, ordenada e unitariamente encadeadas, proposições secundárias e efeitos que constituem uma totalidade.¹⁹⁹

Pressupondo a conexão material entre as normas, pretendia-se, na segunda sistemática, que essas normas guardassem laços internos e imanentes de conexão, passíveis de articulação mediante operações dedutivas entre as diversas ordens de grandeza que as compunham, no sentido das normas de segunda classe serem deduzidas das da primeira classe por regras expressamente formuladas. Buscando a “certeza da racionalidade logicamente apreensível”²⁰⁰, a construção e o pensamento jurídicos afastaram-se da dialética e da tópica e deixaram de fazer da justiça o fundamento de validade do Direito, subs-

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 184. “Na França pré-revolucionária, os juízes eram tidos como uma classe dominada pela corrupção e pelo comprometimento aos interesses das classes privilegiadas, das quais, aliás, provinham, constituindo a *noblesse de rebes*” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 184, nota 42).

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 143.

¹⁹⁸ O sistema intrínseco, segundo Prediger, teria como suas principais características a ordem e a unidade, “porquanto procura descobrir a unidade de sentido interna do Direito, ou seja, as conexões imanentes existentes, e dedutivamente apuráveis entre seus diversos elementos” (*Apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 155).

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 144.

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 149.

tituindo aquelas pela lógica e fazendo desta o instrumento de alcance de harmonia entre as normas jurídicas.

O discurso construído sobre esse sistema normativo fundado na dedução sobre princípios internos assegurava a certeza do resultado do raciocínio lógico, pois, partindo de proposições jurídicas verdadeiras e já conhecidas, garantia pelo exercício da lógica dedutiva a descoberta e a demonstração de outras proposições jurídicas verdadeiras tidas como solução única de problemas únicos. Preconizava-se, portanto, como resultado da própria racionalidade que regia o mundo moderno, a prevalência da certeza jurídica sobre a verdade dos fatos, a qual seria extraída não da realidade concretamente considerada, mas da demonstração da racionalidade do discurso em observância a critérios internos predefinidos.

Diante disso, na perspectiva do direito natural e do indivíduo como a “mais alta forma de ser”²⁰¹ e segundo a visão do direito burocrático circunscrito à lei, os conceitos jurídicos deixaram de ser elaborados como artifícios para a harmonização de estatutos contraditórios e passaram a ser formulados visando a construir as certezas que trariam a estabilidade e a simplicidade reclamadas para a melhor operacionalização do mercado capitalista. Para tanto, nessa nova objetividade científica da precisão, tais conceitos passaram a ser “vividos na experiência subjetiva ou coletiva antes de serem pensados”²⁰² e, posteriormente, construídos segundo formulações cada vez mais gerais, hábeis a serem reduzidas a verdades racionais intangíveis (influência do direito natural) e operacionalizadas pelo método de raciocínio dedutivo moldado segundo a inspiração das ciências matemáticas (bastante diferenciado da tópica aristotélica).

Nesse ponto o jusracionalismo foi essencial à idealização da noção geral e abstrata de pessoa, posteriormente acolhida segundo a categoria patrimonialista do sujeito de direito. O Estado Liberal, segundo os princípios da individualidade, da autonomia e do universalismo e, especialmente, com a moldura do Estado mínimo e a idealização da liberdade total entre indivíduos tidos como i-

²⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, ..., p. 139.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 139.

guais, foi o quadro perfeito para o amadurecimento e a realização das idéias jusracionalistas. O racionalismo, na realidade, foi uma exigência do próprio modo de produção capitalista, pois pela previsão e pelo cálculo racional e cientificamente elaborado afastavam-se o acaso e o imprevisto, garantindo-se a certeza de lucros possivelmente cada vez maiores. Senão essencial, era importante ao burguês capitalista “poder saber quais são as conseqüências jurídicas dos seus actos ou dos actos de outrem e saber que essas conseqüências não mudam de um momento para o outro ou com o ultrapassar de uma fronteira”.²⁰³ As idéias jusracionalistas, dessa forma, não apenas encontraram ambiente propício ao seu desenvolvimento no liberalismo como foram fundamentos para a sua implantação, como substratos à reformulação dos modelos jurídicos que já não se ajustavam às novas relações econômicas capitalistas.²⁰⁴ “O racionalismo jurídico, passando a ser base do Estado, somado às suas manifestações intelectivas, permitiu a construção dos conceitos e dos sistemas, de acordo com os preceitos da classe dominante do período, a burguesia racionalista.”²⁰⁵

A simplicidade e a estabilidade jurídicas tão caras ao desenvolvimento do novo mercado e idealizadas pelos jusracionalistas, entretanto, foram alcançadas apenas quando o Estado efetivamente passou a dizer o Direito com exclusividade e pretensão de plenitude, impondo uma ordem única e plena, composta por normas sistematicamente escalonadas, e construídas segundo previsões genéricas e abstratas dotadas de exatidão suficiente para a aplicação do método lógico-dedutivo (pelas quais garantiu a idealizada igualdade formal e propiciou o exercício da autonomia essencial ao desenvolvimento do indivíduo livre). Direcionadas aos indivíduos em geral e a situações hipotéticas esboçadas por elementos nucleares (sem as particularidades de cada realidade concreta), essas normas teriam incidência sobre todas as relações que pudessem ser subsumi-

²⁰³ HESPANHA, Antônio Manuel. **Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX**. Coimbra: Vértice, n. 340-1-2, Coimbra, 1972, p. 11.

²⁰⁴ Segundo Marcel Thomann, “a lógica, o sistema e o conceptualismo que caracterizam o racionalismo jurídico não são mais do que, em última análise, a regra do jogo necessária para colocar em forma intelectual o mito das classes modernas” (*apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 181).

²⁰⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela** ..., p. 41.

das ao suporte fático²⁰⁶, independentemente dos predicados do seu sujeito singular, submetendo todos às mesmas conseqüências jurídicas e, assim, afastando os indesejados privilégios característicos dos períodos medieval e absolutista.

1.3.3. Codificação: concretização

Os protagonistas da construção do sistema jurídico idealizado pelo *jusracionalismo*, caracterizado pela ordem e pela unitariedade do Direito identificado na lei e composto por normas genéricas e abstratas hierarquicamente escalonadas e compreensíveis por uma racionalidade lógico-dedutiva, foram dois: (a) a Revolução Francesa, que transformou em ideologia as idéias *jusracionalistas* e que, ao abolir a sociedade particularista do Antigo Regime, foi “a tradutora das concepções forjadas nos séculos precedentes, tornando-as possíveis e efetivas”²⁰⁷; (b) a Codificação, que concretizou o projeto revolucionário de acordo com as duas vertentes que influenciaram os livros paradigmas na França e na Alemanha²⁰⁸ e que se constituiu, segundo Paolo Grossi, na “(...) mais colossal operação de política de direito em todo o arco da história jurídica ocidental”²⁰⁹.

²⁰⁶ Os conceitos de incidência, hipótese normativa e preceito podem ser retirados dos ensinamentos de Marcos Bernardes de MELLO (**Teoria do fato jurídico**. 5. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1993, V. 1, p. 34-49), substancialmente referenciados em Pontes de Miranda. Para ele, *incidência* é a “o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico. Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e todas as demais espécies de efeitos jurídicos (eficácia jurídica)” (**Teoria do fato jurídico** ..., p. 54); *suporte fático* é a “hipótese prevista pela norma sobre a qual, se ocorrer, se dará a sua incidência” (**Teoria do fato jurídico** ..., p. 34); e, *preceito*, é a “(...) parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos. Representa, assim, a disposição normativa sobre a eficácia jurídica” (**Teoria do fato jurídico** ..., p. 49).

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 1999, p. 175. Segundo Jean Maillet, a Revolução teve, na história do sistema fechado, um papel decisivo “por ter precipitado e acelerado uma evolução que estagnava, na medida em que o pensamento do século XVIII não fez mais do que precisar e formular um pouco mais de força as concepções, os princípios e a ideologia deduzidos pelos séculos XVI e XVII” (*apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, ..., p. 175, nota 19).

²⁰⁸ Segundo ensinamentos de Martins-Costa, o Código prussiano publicado em 1794, dotado de 19.000 artigos, não obstante elaborado segundo a inspiração do pensamento de Leibniz e Wolff, não é incluído dentre os livros paradigmas da codificação, em razão de não

A concretização do ideal jusracionalista pela efetiva construção de um sistema jurídico interno verificou-se na codificação, operação de política do direito resultante de um longo, complexo e absolutamente não-linear processo de unificação das fontes de produção jurídica iniciado séculos antes, mas que, até então, tinha se reduzido a um nível teórico.²¹⁰

A sistematização interna foi iniciada pela “segunda geração” dos jusracionalistas, à qual se atribuiu a tarefa de elaboração de “um sistema geral, no qual os princípios do direito natural aparecerão como leis naturais da sociedade”.²¹¹ Nessa geração, destacaram-se Leibniz e Wolff, filósofos matemáticos da linha germânica que, na perspectiva da sistematização interna, teorizaram sobre a formulação das normas jurídicas como proposições ordenadas, completas e coligadas.²¹² Esses pensadores, todavia, segundo a idéia de completude do conjunto, que seria integrado por normas suficientes à regulamentação social, uma vez que a excelência das suas proposições tornaria possível a previsão de todas as situações reais, sendo operacionalizadas por deduções lógicas a partir de conceitos, categorias e descrições fundamentais.

Os textos de Leibniz e Wolff se caracterizam pelo fato de constituírem o núcleo fundamental de uma descendência de pensadores que perspectivarão o direito como um sistema de proposições jurídicas que se agruparão e reagruparão segundo um nexo interno ou imanente, de modo a permitir, de grandezas maiores a menores, a dedução

representar o fenômeno “em toda a sua plenitude e extensão”, por carecer “das bases da igualdade e unitariedade dos sujeitos que lhe são destinatários e da pretensão à plenitude jurídica que caracterizarão a codificação francesa de 1804 e alemã de 1900” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 172, nota 7).

²⁰⁹ *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 173.

²¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 171. A mesma jurista elenca como condicionantes intelectuais da codificação, “o sentimento de relatividade que impulsionou o humanismo a criticar o Corpus Juris,” (...) que “perfectibilizou-se na filosofia do direito natural moderno e encontrou a voz política na doutrina de Montesquieu acerca das relações entre a lei e a sociedade”, e, como condicionantes históricas, a ascensão da burguesia, o asseguramento dos seus interesses e valores, o inverno, definitivo, do Ancien Regime” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 171).

²¹¹ Essa segunda geração seria integrada por Hobbes, Espinosa, Puffendorf, Leibniz, Thomasius, Christian Wolff (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, ... p. 144).

²¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 146.

e a demonstração, segundo o modelo matemático. Em primeiro lugar, as definições gerais, os axiomas e as proposições também de caráter geral; em segundo lugar, uma série de desenvolvimentos dedutivos, demonstrados como teoremas, constituídos por proposições particulares. Vale dizer, atribuições a sujeitos de predicados característicos, direitos e deveres, portanto, “qualidades” que se destacam de sua tutela judicial – e determinados princípios e definições gerais aos quais se articulam proposições e definições particulares: “Na prática”, afirma Tarello, “a teoria das proposições jurídicas, a teoria dos sujeitos jurídicos, a da capacidade, a teoria geral dos predicados jurídicos e dos bens. (...) As disposições jurídicas particulares saem da parte geral para entrar nas partes especiais e bem assim as construções conceituais que parecem ser categorias, isto é, preenchíveis por qualquer conteúdo.”²¹³

Formavam, com essa pretensão de completude, a noção de sistema jurídico fechado, o qual, segundo a doutrina de Carin PREDIGER²¹⁴, possibilitaria

(...) o esgotamento, de forma antecipada ou preordenada, das hipóteses conceituais às quais viriam a se conformar os fenômenos da realidade, impedindo o casuísmo e, por consequência, o raciocínio tópico. Operava ele mediante uma concatenação de proposições jurídicas obtidas por análise, dispostas de forma lógica, clara e despida de lacunas, livre de contradições, de modo que todos os fatos pudessem subsumir-se numa das suas normas. A toda questão jurídica deveria ser dada uma resposta, obtida segundo uma operação lógica do pensamento, de subsunção adequada. Como características principais deste modelo, estariam a ordem e a unidade sistemática.

Pretendendo alcançar o sistema interno e fechado, com definições certas em proposições com articulação interna e suficiente, Leibniz idealizou a elaboração de um código, “investindo contra a ‘imensa multiplicidade das leis’, dispersas ‘em imensos volumes, entre os quais não existe nem ordem e nem concordância’, contra o tipo de aplicação que daí decorre, baseada em argumentos retirados da ‘razão das leis’, razão que é por vezes a coisa mais incerta”²¹⁵. Esse código, “meio insubstituível para tornar certos e partilháveis os princípios de direito natural”²¹⁶, traria um conjunto de normas cuja clareza, simplicidade e completude permitiriam a ampla compreensão dos deveres, afastariam justificativas ao

²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 155.

²¹⁴ PREDIGER, Carin, apud MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 158.

²¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 144.

²¹⁶ Domenico Corradini apud MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 174.

descumprimento calcadas na ignorância e na subtilidade e assegurariam processos claros e desprovidos de controvérsias entre os aplicadores.

Idealizada, a codificação contou com fatores determinantes para a sua efetivação. Martins-Costa identifica como seus determinantes a própria Revolução Francesa, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição Francesa de 1791. Clavero, diversamente, afirma que esses dois últimos normativos apenas representaram a outra face da mesma moeda, qual seja, a ordenação imediata da liberdade no âmbito político²¹⁷, de maneira que, ao invés de fatores que teriam contribuído para a ocorrência do fenômeno da codificação, seriam essas a própria materialização da codificação numa das suas nuances. De qualquer forma, o seu maior contributo foi criar a condição material essencial à codificação destinada a ordenar a liberdade no âmbito civil,

(...) vale dizer, a *unitariedade dos sujeitos* que serão os destinatários do direito ali contido, proclamada pelo *princípio da igualdade* – então já de ordem constitucional, isto é, direito positivo, unidade esta que foi alcançada mediante a supressão das diferenças religiosas (pela instauração de um direito laico), pelo fim das diferenças de nascimento (em razão da consagração de um direito formalmente igualitário) e pelo expurgo das diferenças locais e territoriais (através de um direito que se quis nacional).²¹⁸

Diante desse quadro, a codificação passou a ser efetivada no início do século XIX segundo a concepção de uma lei autofundante, estatuinte de todo ordenamento, abrangente de toda extensão de cada instituto jurídico, dotada de normas com articulação interna e dirigida na mesma medida a todas as pessoas reconhecidas como sujeito das relações jurídicas por ela regulamentadas²¹⁹; ou-

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 174. Bartolomé Clavero identifica a passagem do projeto jusracionalista do nível teórico ao nível prático, pela seqüência “Revolução, Declaração (de Direitos), Constituição e Codificação”, ressaltando, contudo, tratar-se de seqüência de direitos, leis e códigos. Segundo o jurista, “o *code* não constitui um desenvolvimento do ordenamento, mas a ordenação imediata da liberdade no âmbito civil no mesmíssimo modo e no mesmíssimo grau que a Constituição deve, também teoricamente, sê-lo no campo político” (*apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 172 e nota 8).

²¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 174.

²¹⁹ E, à sua efetivação, passou a pressupor “a ab-rogação de todo o direito precedente, a formulação sistematizada de leis tendentes a impedir toda a possível antinomia e a pre-

trossim, igualmente segundo a concepção de uma lei perpétua em razão da sua suficiência, na medida em que cristalizadora de “todas as categorias jurídicas destinadas a tutelar a vida e as relações humanas, (...)”²²⁰.

Ao final do séc. XIX, quando se encerraram as grandes codificações (tendo como paradigmas a francesa e a alemã), a concepção de sistema foi definitivamente revestida da idéia de plenitude lógica, como um normativo auto-referente originário da lei, que, na forma de *mito*²²¹, passou à condição de fonte suprema e exclusiva da produção normativa. Regendo-se apenas segundo o critério da *legalidade*, a validade dos normativos passou a ser vinculada ao ato de promulgação pela autoridade estatal, justificando-se e imunizando-se a outras ordens de valoração que não fosse a jurídica. O positivismo jurídico impôs que a aplicação do direito fosse realizada em desconsideração a qualquer juízo de valor ou dados e noções metafísicos, limitando-se a um juízo de fato que se limitasse às categorias jurídicas tipificadas em lei.²²²

O Direito construído ao tempo da codificação segundo os ideais jusracionalistas, portanto, passou a ser a lei codificada, renegando tudo que nessa não se encontrasse, pois excludente, e garantindo a plenitude dos seus conteúdos, pois auto-suficiente. Dessa forma, se o jusracionalismo fez do direito a *lei* geral e abstrata, a codificação fez dele a lei codificada, ou seja, a lei segundo a forma de *código*. “A idéia proposta pela nova ordem, porém, resultou na sistematização exagerada do direito e seu fechamento em categorias estanques. Este fechamento do direito codificado, ao lado do voluntarismo, terminaram por absolu-

tensão de auto-suficiência do seu sistema interno, de modo a permitir a exclusão de todo e qualquer mecanismo de heterointegração” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 177).

²²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41.

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 178.

²²² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43.

tizar excessivamente a razão individual, considerando o direito como um sistema fechado e pleno, isento de lacunas.”²²³

O raciocínio jurídico e, por consequência, a interpretação das normas jurídicas passaram a limitar-se ao conteúdo do texto legal, seu único ponto de referência. O intérprete e o aplicador passaram a subordinar-se totalmente à vontade da lei (não do soberano), agindo passivamente frente à sua autoridade (e do legislador), cabendo-lhes tão-somente interpretar os fatos exatamente de acordo com a qualificação delimitada pelo texto legal, sem recurso a valores extrajurídicos, de natureza econômica, política, ética, social ou religiosa. A neutralidade deveria ser total, praticando-se a exegese. Dessa concepção surgiram os dogmas, como verdades inelutáveis.

Pela regulação completa, exaustiva e plena da vida burguesa e como instrumento de implantação de um legalismo exacerbado, pelo qual somente era reconhecido como direito aquele transcrito nas normas jurídicas produzidas pelo Estado na forma de lei codificada, a codificação permitiu o alcance da segurança jurídica tão conclamada à livre atuação do homem burguês no mercado capitalista²²⁴.

a) Dicotomia: público e privado

Não obstante a unitariedade de sujeito resultante da Revolução Francesa e consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (como decorrência dos ideais de universalismo e individualismo modernos) e apesar da pretensão de unicidade da ordem jurídica, estabeleceu-se no Estado Liberal, justa-

²²³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

²²⁴ “O código é uma segurança. (...) A imutabilidade é uma das suas características; não se pode alterar uma parte sem mudar o todo” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 42).

mente como consequência da dicotomia Estado-sociedade civil, uma clara divisão entre as esferas do direito público e do direito privado, tendo-se inserido cada qual, segundo a idéia da codificação, em sistemas normativos próprios integrantes do mesmo ordenamento jurídico, destinados à regulamentação da liberdade do seu sujeito nos âmbitos político e civil, respectivamente.

O Estado, dentro da sua autoridade política legitimada pelo consentimento e do seu papel mínimo delimitado pelo *status* negativo, passou a ter sua estrutura, funções e atuação regulamentados no estatuto da Constituição, documento normativo ao qual se atribuiu juridicidade, superando a “inicial concepção da Constituição como mero manifesto revolucionário”.²²⁵ Rígidas e sintéticas, as constituições modernas caracterizaram-se por estabelecer os desejados limites à atuação estatal, no sentido de, regulamentando o exercício do poder político e as funções estatais, legitimar o exercício do poder e garantir a livre e segura atuação dos indivíduos no mercado capitalista. O constitucionalismo era “garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal”²²⁶; aquele que alcançasse o poder segundo as regras da Carta estaria legitimado pelo contrato social.²²⁷

No Estado Liberal, a ordem constitucional foi inaugurada pela Constituição francesa de 1791, que, segundo a ideologia revolucionária e os normativos políticos contidos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, consagrou a figura do cidadão como seu sujeito universal, ao qual eram dirigidas todas as suas normas e que, concebido no nível abstrato, afastava do texto legal todas

²²⁵ Concebidas como manifestos revolucionários, “traduziam um sentimento de profunda e inevitável desconfiança contra o poder, aquela desconfiança ou suspeita clássica do liberalismo com sua doutrina de valorização da sociedade burguesa e individualista” (GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. O Chamado Direito Civil Constitucional. In: COSTA, Judith Martins (Org). **A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 179).

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

²²⁷ “A reivindicação de uma Constituição embasava-se exatamente na tese de que o contrato social encontra a sua explicitação na Constituição” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 49).

as concretas diferenças humanas (“a riqueza e a pobreza, a sabedoria e a ignorância, o poder e o desprezo social”²²⁸). A igualdade jusracionalista foi concretizada nesse normativo segundo o aspecto formal da “idêntica posição dos sujeitos de direito perante um mesmo comando jurídico”²²⁹, ao passo que a liberdade o foi segundo a “idéia de um espaço não violável pelo Estado: esfera de proteção (prevista na ordem jurídica) do indivíduo contra os poderes do segundo-ano”.²³⁰

O cidadão, como seu sujeito universal, diante de normas constitucionais que entendia-se serem destinadas ao Executivo e ao Legislativo, não sendo auto-aplicáveis aos sujeitos particulares. Apenas mais tarde, quando se optou pela sua aplicação direta, estendeu-se a categoria do sujeito de direito, essencialmente privado, às relações de direito público.

O direito público e a garantia das “liberdades”, dessa forma, eram centralizados na normas constitucionais de cada país.

Os indivíduos, por sua vez, dentro da visão de direito único posto exclusivamente pelo Estado, passaram a ter todas as situações da sua vida privada regulamentadas em normativo próprio, qual seja, os códigos civis, recebendo um conjunto de normas ordenado segundo a idéia de um sistema interno e fechado, destinado exclusivamente à disciplina das relações privadas. Esse normativo era estranho à ação estatal, exceto segundo a forma de regulamentação mínima do direito objetivo reconhecedor da conclamada autonomia privada, exercida, essencialmente, conforme a idéia do direito subjetivo como poder do indivíduo “fazer valer, nos seus relacionamentos interpessoais, os direitos que lhe são assegurados pelo direito objetivo”.²³¹

²²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ... p. 175.

²²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 135.

²³⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coordenação); RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et. al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 48.

²³¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coordenação); RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et.

Tamanha era a visão de completude, plenitude e exclusividade desse sistema, inclusive com relação ao próprio estatuto político, que os códigos civis eram definidos por alguns como a “Constituição do direito privado”, sequer sendo cogitada norma hierarquicamente superior. Os princípios e as regras constitucionais que eventualmente se referissem aos direitos individuais equivaliam a simples normas políticas, destinadas exclusivamente ao legislador e apenas excepcionalmente ao intérprete como elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica, como um princípio geral de direito. Tepedino aponta essa concepção como “verdadeira subversão hermenêutica”; visto que as normas constitucionais não atuavam como critério de controle da juridicidade e da licitude, sendo relegadas à condição de meros princípios.

O direito privado, dessa forma, era sistematizado em torno do Código Civil.

CAPÍTULO 2 - CONSTRUÇÃO DA NOÇÃO GERAL E ABSTRATA DE PESSOA

Se a universalidade do sujeito objeto de proteção política no normativo constitucional foi facilmente fixada pela figura do cidadão, tendo como parâmetro a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a unitariedade do sujeito destinatário do direito privado moderno – renova-se, condição material à codificação segundo Martins-Costa - foi obtida apenas após longo processo de sistematização científica, como resultado das certezas jurídicas estabelecidas racionalmente em favor da estruturação do pretendido sistema jurídico interno e fechado.

Em razão dessa relação de dependência entre sistematização jurídica e sistematização científica, justifica-se a identificação que modernamente se estabeleceu entre a codificação civil e o próprio Direito Civil, no sentido desse se circunscrever àquela.

2.1 SISTEMATIZAÇÃO CIENTÍFICA

Para o alcance da certeza jurídica²³² excludente de outras certezas ou verdades, tão desejada pelos ideais jusracionalistas, exigiam-se “definições certas para cada coisa, cada elemento ou fenômeno das matérias”²³³, sujeitas ao raciocínio jurídico, de forma a permitir a aplicação do método matemático opera-

²³² “O sistema resta assim confinado à lógica do discurso, à qual se junta a arte do silogismo: Wolff estabelece a arte de inventar as verdades jurídicas” (Marcel Thomann *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 149). “Se o código, que encerra a lei, se quer certo e imutável, e a realidade, ao contrário, é cambiante e flexível, vale, entre um e outra, o código, o “mundo da segurança” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p.268).

²³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 150.

cionalizado pela “redução, dedução, conexão e demonstração”²³⁴. Essas definições exatas, contudo, embora desejadas, ainda eram estranhas ao mundo moderno e tiveram de ser formuladas pelos próprios cientistas, que, com o uso da razão, afastaram o sentimento de certeza contido nas verdades baseadas na *fides ou auctoritas* e percorreram o caminho para a unificação das fontes de produção jurídica, alcançando a noção de sistema jurídico interno e de codificação.

Para a efetiva sistematização jurídica, portanto, foi necessário e essencial proceder, senão prévia, concorrentemente, a um trabalho de sistematização científica pelo qual foi possível, por um lado, alcançar e ordenar os referidos axiomas primários que compuseram a estrutura fundamental do sistema jurídico interno e, por outro, permitir o conhecimento prévio das certezas racionalmente construídas.

O diferente grau de maturidade desse processo de sistematização científica, entre outros fatores²³⁵, determinou que o Código francês e o Código alemão - livros paradigmáticos da codificação moderna - fossem estruturados segundo um diferente perfil e compostos por um diferente conteúdo. Ambos foram elaborados segundo a influência de pensadores da “segunda geração” dos jusracionalistas, responsável por dar o passo inicial na jornada de idealização da sistematização interna. Não obstante, embasadas no pensamento de diferentes vertentes dessa mesma fluência, foram elaborados com a diferença de quase um século de influência científica; logo, uma diferente concepção de sistema e um diverso método de raciocínio jurídico determinaram que traduzissem, proximamente, os distintos modelos da primeira e da segunda sistemáticas. Essa diversidade de tratamento acabou sendo estabelecida, entre outros, no reconhecimento

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 153.

²³⁵ Judith MARTINS-COSTA elenca dentre os fatores diversos e convergentes que determinaram o que chama de “defasagem” do Código civil alemão, (a) a ausência de unidade jurídico-política dos Estados alemães, a qual vem a ser obtida apenas em meados do século XIX, (b) o atraso da burguesia alemã em relação à francesa e à inglesa, relativamente à formação de uma clara consciência política, incapacitando-a ao desenvolvimento de uma ação unitária e organizada e (c) o peso cultural do Sacro-Império Romano Germânico (**A boa-fé no direito privado** ..., p. 226-227).

da pessoa juridicamente e na proteção a ela dispensada por cada um desses diplomas.

2.1.1 Código Civil francês

A primeira codificação em sentido moderno foi o Código de Napoleão de 1804, elaborado segundo ingerência do pensamento dos jusracionalistas Pufendorf e Thomasius, e de teóricos políticos do Iluminismo, como Descartes, Domat, Pothier, Voltaire, Rousseau e Montesquieu. Nasceu por determinação da revolucionária Constituição Francesa de 1791, que ordenava a elaboração de um “código de leis civis comuns a todo o Reino”, e, portanto, com a pretensão de concretizar o ideal jusracionalista de construir um sistema normativo racional, internamente articulado e fundado em proposições jurídicas verdadeiras e suficientes.

Não obstante, ao ser elaborado, a preocupação não foi efetivamente dirigida à construção de um efetivo sistema jurídico interno, mas apenas ao rápido alcance de um sistema fechado na forma de um ordenamento coerente e unitário, organizado meramente segundo um especial método de disposição de conteúdo, hábil a abordar todas as exigências da burguesia capitalista²³⁶. Ocupou-se em disciplinar, completa e exaustivamente, a vida comum do homem burguês, enquanto burguês, organizando seu conteúdo “de forma a espelhar o ‘mo-

²³⁶ O direito codificado francês, nas palavras de Martins-Costa, poderia ser aproximado aos ideais dos fisiocratas no campo da economia: “(...) a) os princípios do individualismo e do liberalismo, b) a organização das instituições jurídicas em que os bens estão colocados no centro do sistema, c) a noção de propriedade como domínio, inserida no coração da noção do regime de bens que prepara o lugar para a apropriação privada dos meios de produção, d) o sistema de sucessão *mortis causa* que assegura a transmissão dessa propriedade segundo regras de tipo igualitário e individualista, mantendo a liberdade de testar, e) o princípio do contrato como núcleo das relações intersubjetivas, e f) a concepção da família enquanto desenho das relações intrafamiliares identificadas às relações interindividuais segundo o princípio da autoridade marital (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 188).

vimento natural da vida', as ações do indivíduo burguês do momento de seu nascimento à sua morte, de uma forma encadeada que não admitia saltos lógicos"²³⁷. "(...) uma vez definido o sujeito, o indivíduo na sua vida mais estritamente privada em quinhentos e dez artigos, o Código se ocupa do seu verdadeiro espaço, o mundo econômico da burguesia, onde a propriedade dos bens se adquire e se modifica, privilegiadamente através dos contratos, e o faz em 1.767 artigos."²³⁸

Por ocasião da elaboração do código civil, portanto, não houve uma inquietação científica no sentido de serem elaborados conceitos de abrangência geral aplicáveis a todo normativo. A preocupação naquele momento, considerando a recente revolução concretizadora dos ideais racionalistas, ainda era de, preponderantemente, proceder a uma "síntese heterodoxa" entre "os princípios racionalistas do jusnaturalismo e o desejo do Estado unitário de recolher em um corpo legislativo as normas e os costumes nacionais"²³⁹. Por conta disso, não foi integrado por "uma Parte Geral em que estão fixados os conceitos de maior grau de abstração, como os de relação jurídica, personalidade jurídica, ato jurídico, etc."²⁴⁰, mas apenas por um "Título Preliminar" voltado a apenas regulamentar a aplicação dos seus normativos.

A ausência de categorias e conceitos genéricos dispostos numa parte geral introdutória de suas partes especiais ocasionou, senão a impossibilidade, a dificuldade extrema do encadeamento dedutivo das normas que integraram esse código e a total falta de mobilidade entre esses normativos. Segundo ressalta Martins-Costa, fazendo uso das palavras de Octavian Ionescu,

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 189.

²³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 189.

²³⁹ Domenico Corradini apud MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 187, nota 54.

²⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 146.

(...) o fato de a parte introdutiva dos códigos civis ser estruturada ou segundo a forma de um *título* ou *livro preliminar* ou segundo a forma desenvolvida de uma *parte geral* não significa uma questão de mera técnica legislativa, comportando, ao revés, implicações de ordem científica e, em consequência, problemas de ordem teórica e prática que traçam, uns e outros, evidentes concepções de sistema. A parte introdutória, se posta em um título preliminar sintético, como a do Código Civil francês, assegura um método próprio de tratamento do conteúdo das demais partes em que estruturado, porque, ao se recusar a dispor acerca das categorias nucleares do direito privado – (...), recusa a noção de sistema enquanto encadeamento lógico-dedutivo, vale dizer, um sistema estruturado em categorias abstratas centrais, tais como a dos atos jurídicos, a do direito subjetivo e as das nulidades. O sistema, aí, será identificado apenas ao método de organização das matérias componentes do direito privado.²⁴¹

A estrutura simplificada determinou que, segundo a regência do Código Civil francês, fosse instaurado um *legalismo* extremo no Direito Civil francês, em razão do qual a ciência jurídica restringiu-se ao controle da legalidade dos normativos, e a aplicação desses normativos, ao simples diálogo com o texto da lei codificada, sem conexão com direitos, princípios, valores ou modelos externos, nem mesmo com os direitos fundamentais conquistados pela Revolução de 1789 e reconhecidos na Constituição de 1971, os quais, justamente por essa exclusão, foram relegados à condição de simples princípios desprovidos de efetividade. Segundo os ensinamentos de Bevilacqua, “(...), aparecem os chamados *interpretes do Código Civil*, que se alongam em comentários aos dispositivos da lei, na qual se comprazem de reconhecer a mais aprimorada sabedoria, ou clara na letra ou transparecendo no espírito”.

Toullier, Duvergier, Duranton, Troplong ainda se deixam influenciar pela doutrina, que florescera antes da codificação; mas Blondeau ergue o estandarte da auctoridade absoluta e exclusiva da lei, e nessas idéas commungam: Laurent, fazendo appello aos *princípios*, Aubry e Rau, ainda que desprezando a ordem do Código e systematizando, scientificamente, o direito civil, Baudry-Lacantinerie, e até Huc, e Beudant.

Laurent, proclamando a superioridade dos *princípios*, acha que estes se encontram, precisamente, no Código. “Os Códigos nada deixam ao arbítrio do interprete; este não tem por missão fazer o direito, que já está feito. Não há mais incertezas; o direito está escripto em textos *authenticos* (...)”²⁴².

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 191.

²⁴² BEVILAQUA, Clovis. BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 49-52.

A interpretação jurídica, dessa forma, num exercício de exegese pura calcada no texto da lei, limitava-se à descoberta da vontade do legislador, o que, segundo Bevilacqua, já representava “uma audácia a codificadores, que, por terem sido instrumentos adequados da evolução social, imaginavam ter submettido as energias culturais á direcção de sua vontade. (...)”²⁴³.

2.1.2 Código Civil alemão: a pandectística e o direito científico

Os ensinamentos de Leibniz e Wolff, por sua vez, influenciaram a construção do Código Civil alemão segundo a noção de sistema interno e fechado, “notadamente através das suas teorias a respeito da formulação das normas jurídicas como proposições ordenadas, completas e perfeitamente coligadas entre si”.²⁴⁴ Quase um século mais jovem em comparação à codificação civil francesa, o código alemão ainda sofreu a influência prévia ao seu processo de sua elaboração do trabalho científico desenvolvido ao final do século XVIII e ao longo do século XIX, visando a justamente aprimorar, senão aprofundar, a idéia de sistema jurídico interno e fechado delineado pelos jusracionalistas do século XVIII.

A partir do século XIX, segundo a ingerência da Escola Histórica do Direito e do seu fruto - a pandectística -, o direito positivo deixou de ser visto pelos alemães como um assunto de juristas práticos e passou a ser tratado como objeto da ciência jurídica, passando a ser laborado por teóricos e professores atra-

²⁴³ BEVILAQUA, Clovis. BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 49-52.

²⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 146.

vés da dogmática jurídica, inovador método de pensamento e tratamento do direito.²⁴⁵

A dogmática científica operacionalizada pela pandectística alemã ultrapassou a mera significação do dogma superior da “aceitação da positividade do direito estatuído pela autoridade, política ou histórica” e não se limitou à “eliminação da reflexão metafísica e da consideração ética acerca do que deveria ser o direito para aceitar o que deve ser, (...)”²⁴⁶. Representou um inovador método de construção do sistema jurídico, estranho ao tempo do jusracionalismo oitocentista, pelo qual se produziu a idéia do *sistema como construção* e influenciou diretamente na elaboração do Código Civil alemão.

A “terceira sistemática”²⁴⁷, designação pela qual é identificado esse momento de labor científico, tem Friedrich-Karl von Savigny como seu jurista expoente, o qual, afastando a idéia de sistema da simples pressuposição explicativa ou da ordenação encadeada de conhecimentos e normas jurídicos, afirmou-o como algo *inerente* ao direito, ao seu “ser”, por ser-lhe imanente um “nexo interno que liga em uma grande unidade todos os institutos e regras jurídicas”²⁴⁸ e que podia ser vislumbrado nas próprias instituições, imagem primária da relação jurídica²⁴⁹.

O sistema jurídico, dessa forma, não seria construído no sentido de representar uma obra arbitrariamente elaborada pela vontade do legislador²⁵⁰, mas

²⁴⁵ A dogmática jurídica corresponde, nas palavras de Nicklas Luhmann, “a não-negabilidade dos pontos de partida da cadeia argumentativa” (*apud* Martins-Costa, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 213); ou seja, a estrita observância de normas jurídicas que permanecem no tempo com caráter vinculante absoluto, as quais são aceitas sem esgotar as possibilidades críticas, por terem simplesmente sido submetidas à dicção de uma autoridade (Martins-Costa, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 213, nota 140).

²⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 214.

²⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 212.

²⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 215.

²⁴⁹ Entendida como as relações de fato que recebem o caráter de relação juridicamente tutelada.

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 216.

de revelar e aperfeiçoar a unidade interna ao direito, limitando-se a investigação do conhecer, sem alcançar o criar. Nessa perspectiva da *terceira sistemática* alemã, portanto, o sistema jurídico apresentava-se como ordem imanente ao direito e forma suprema de manifestação do direito.

Diante da concepção de direito que gera, este não será uma obra arbitrária, como poderia resultar de um processo codificatório ao molde do francês, não será um ordenamento puramente exterior, por meio do qual a massa de regras jurídicas existentes se une em busca de um sentido útil: a investigação dos *nexos internos* e a *representação do direito existente como um todo em si mesmo fechado* eram o objetivo propugnado pela ciência que se designava como sistemática.²⁵¹

A construção científica desse sistema, no sentido de revelar a sua unidade imanente, seria operacionalizada pela descoberta de princípios estruturais dogmáticamente formulados, que seriam situados no topo do ordenamento e, assim, constituiriam a espinha dorsal daquele *sistema*, que deles poderia ser totalmente deduzido.²⁵²

A essa idéia do sistema imanente, entretanto, ainda previamente à elaboração do Código Civil alemão, Hegel, discípulo de Savigny, acresceu a idéia de totalidade, pela qual evidenciou o *critério da sua racionalidade intrínseca*.²⁵³ Pelo pensamento hegeliano, passou-se a entender que o Direito, por seu conteúdo não obstante diverso, carrega uma unidade de sentido e, em face dessa coesão, seria dotado de uma racionalidade intrínseca, que, apesar de ser gerada internamente, determinaria a própria forma externa do sistema quando revelada pela racionalidade científica. À ciência, portanto, caberia desempenhar o papel fundamental de “encontrar uma forma racional para um conteúdo”²⁵⁴ já caracteriza-

²⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 215.

²⁵² MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 217.

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 219.

²⁵⁴ Hegel *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ... p. 220.

do por uma unidade de sentido, a qual seria expressa fazendo uso da lógica formal,

ou como um círculo, no qual os elementos constitutivos do sistema se agregam em torno de um centro, repousando a unidade do sistema na “irredutível relação de todos os elementos constitutivos como este centro fundado em si próprios” ou como uma pirâmide, na qual a unidade vem estruturada através do conceito geral abstrato, depurado de tudo o que exista de particular.²⁵⁵

A concepção definitiva de sistema jurídico sobre a qual veio a ser elaborado o Código Civil alemão, entretanto, foi delineada por Georg Friedrich Puchta²⁵⁶, que, como discípulo de Savigny e Hegel, “conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo da pirâmide” e, assim, “transformou a concepção do sistema como pirâmide na mais acabada metodologia da ciência do direito oitocentista”.²⁵⁷

Nesse momento, aquele nexos imanente aos elementos componentes do sistema jurídico vislumbrado por Savigny, segundo as razões de Puchta, foi transmutado em nexos lógico-formal, sendo vislumbrado na mera proximidade dos conceitos abstratos dogmaticamente revelados pela ciência jurídica segundo a unidade expressa na forma de pirâmide. As proposições jurídicas identificadas no pensamento jusracionalista leibniziano como essenciais à noção de sistema jurídico interno, nas mãos de Puchta, passaram a ser diretamente produzidas pela dedução científica.

Na visão da pandectística alemã confirmou-se a noção de Direito como ciência, diferenciado tanto daquele nascente da genérica convicção popular como daquele originário da vontade do legislador: o direito científico é o direito sistemático e verdadeiro.

A esse direito científico, ou “direito dos juristas”, foi atribuída a missão de revelar o sistema jurídico pelo conhecimento de verdades extraídas não do “es-

²⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado** ..., p. 220.

²⁵⁶ Doravante nominado simplesmente Puchta.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, ..., p. 221.

pírito do povo”, como defendia Savigny, mas da subsunção lógica aos conceitos universais dogmaticamente formulados e estruturantes do próprio sistema. Por seu formalismo e pretendida neutralidade²⁵⁸, impunha ao raciocínio jurídico uma rigorosa rejeição a qualquer ingerência valorativa estranha à simples dedução racional, especialmente se originária da realidade política, ética ou social.

Formou-se, nesse momento, a *jurisprudência dos conceitos*, “escola que pretendeu transformar os cientistas do direito em produtores das normas que existiam, em potência ou latência, no sistema, através de uma atividade dedutivo-produtiva”.²⁵⁹ Criando essas normas mediante proposições jurídicas, teriam como missão fixar, definitivamente, o sentido de todos os termos jurídicos, propiciando um raciocínio tão estrito, seguro e previsível quanto aquele aplicado às matemáticas, pretendido durante séculos de racionalismo. O ordenamento jurídico, portanto, além de sistematizado, deveria ser pedagógico, trazendo definições claras e exatas dos conceitos e categorias que passavam a compô-lo.

Como resultado dos ideais jusracionalistas e produto da pandectística, o Código Civil alemão foi elaborado segundo uma visão científica, na concepção de sistema jurídico fechado e com a pretensão de coerência, plenitude e autonomia. Preocuparam-se os codificadores em fazer “extrair deduções, divisões e subdivisões, em obediência a uma lógica abstrato-dedutiva, [relegando a um] segundo plano a preocupação com a fidelidade à natureza das coisas ou com a justiça e a equidade ou com a adequação às finalidades econômicas”.²⁶⁰ A unidade do sistema jurídico privado alemão era vislumbrada na concatenação das suas várias proposições jurídicas, obtidas pela aplicação da lógica piramidal formalmente operacionalizada pelos conceitos e princípios centrais dogmatica-

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 221. “A pandectística alemã tinha a pretensão de ser estritamente científica, neutra, rejeitando a todo e qualquer sistema de idéias que servisse de fundamento ao direito. Este seria apenas o conjunto ordenado e unitário de elementos entre os quais alguns conceitos dedutíveis uns dos outros, conceitos fluidos como o da relação jurídica” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 2003, p. 165).

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 122.

²⁶⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 19, 1978-1980, p. 224.

mente elaborados. As proposições formariam “(...), entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e sobretudo sem lacunas, para o que todos os fatos da vida tidos como jurídicos possam logicamente subsumir-se numa das normas contidas pelo Código”.²⁶¹ Para tanto, suas normas foram redigidas com extrema preocupação científica, no sentido de, pela clareza da sua linguagem rigorosamente técnica e pela neutralidade da sua redação, ser garantida a exatidão do seu sentido e alcance.

Ao juiz seria vedado, na sua atividade de aplicação de tais normas, adotar “razão subjetiva” ou discricionariedade valorativa, especialmente se segundo critérios e elementos externos ao sistema; a própria atividade interpretativa era vedada como tal naquele momento na medida em que *in claris non fit (cessat) interpretatio*. Ao aplicador cabia a simples leitura do texto perfeitamente construído numa “acrítica interpretação literal”²⁶², ou a simples correção daquele texto que, excepcionalmente, não retratasse a exata vontade do legislador, demandando restrição ou extensão do seu suporte fático.

Além disso, com a mesma pretensão de garantir a unidade de um sistema interno, o Código Civil alemão foi estruturado contemplando, previamente às “partes especiais”, destinadas a disciplinar a vida do homem burguês segundo o seu perfil patrimonialista, uma “parte geral” na qual foram delineados, cientificamente, todos os conceitos universais centralizadores do sistema, como os conceitos de pessoa, personalidade, relação jurídica, pessoa jurídica, ato jurídico, bens, etc. O Direito Civil alemão, dessa forma, podia ser construído de forma centralizada pela dedução lógica entre os respectivos conceitos gerais contidos na Parte Geral da codificação, e os conceitos específicos tratados na Parte Especial.²⁶³ Não obstante,

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 220.

²⁶² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 100.

²⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 220.

a existência de uma Parte Geral antes de ser assentado o princípio da unitariedade dos sujeitos, ou princípio da igualdade, constituiria uma impossibilidade histórica, porque, para que nascesse, era imprescindível “a comunhão entre a matemática e o princípio da igualdade”. É somente do conúbio entre um sistema que é dedutivamente pensado e a ideologia moderna, pós Revolução-Francesa, que será possível uma estrutura de código em que estarão colocados, como um *a priori*, o direito subjetivo, o direito de agir amplamente assegurado ao indivíduo e a noção de relação jurídica como uma relação estabelecida entre pessoas, e não entre pessoa e *res*, a qual, por sua vez, se depreende da idéia de situação jurídica, isto é, um determinado modo de ser, estar ou agir das pessoas na vida social, que o direito valora ou regula.²⁶⁴

Dentre os vários conceitos genéricos e abstratos dogmaticamente revelados pela ciência jurídica alemã na intenção de construir o sistema jurídico piramidal, os juristas alemães dedicaram-se a, previamente, estabelecer o seu vértice supremo, cujo delineamento preciso era condição material essencial ao alcance da codificação: *a unitariedade dos sujeitos* destinatários do direito. Para tanto, procederam à revelação e ao tratamento da relação jurídica como “categoria básica da ciência do direito”²⁶⁵ e “conceito básico do sistema jurídico”²⁶⁶, alcançando com isso a revelação e a definição daquele sujeito único das relações jurídicas privadas²⁶⁷ e fazendo certa e formal a compreensão de personalidade jurídica.

2.2 A RELAÇÃO JURÍDICA

²⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 220.

²⁶⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. rev. atual. e aum. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 164.

²⁶⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. rev. atual. e aum. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 162.

²⁶⁷ Essa construção, em razão da dicotomia entre Estado e Sociedade Civil e a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, excluía inicialmente as relações jurídicas de direito público (aquelas nas quais participa o Estado com predomínio do seu interesse ou poder de autoridade), visando apenas as relações jurídicas de direito privado, correspondentes a “aquelas em que de todo não intervém o Estado ou qualquer ente público menor, ou intervém, sim, mas despidido da sua veste de segundoerania (*jus imperii*) (...)” (ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria Geral da Relação Jurídica** ..., p. 1).

Nesta seara destacou-se Friedrich Karl von Savigny²⁶⁸, que ainda no século XVIII propôs a *Teoria da Relação Jurídica*, cujos postulados embasaram a revelação daquele sistema jurídico pela construção da teoria geral do direito privado alemão²⁶⁹. “Antes de Savigny, não se tinham ainda por evidentes alguns postulados que, por terem norteado a dogmática civilista desde então, são capitais à abordagem contemporânea do tema, tais como a associação entre as idéias de pessoa e de ser humano, bem como a dicotomia entre pessoa e coisa.”²⁷⁰

Apesar da neutralidade com a qual os cientistas alemães pretendiam alcançar a revelação daquele sistema piramidal, as categorias científicas e, conseqüentemente, as categorias jurídicas por eles dogmaticamente construídas acabaram, inevitavelmente, retratando os valores políticos, econômicos e sociais então eleitos como relevantes pelo racionalismo moderno e que conduziram à codificação: por um lado, o universalismo e o individualismo pregados pelos iluministas do século XVIII e que, segundo a roupagem da igualdade humana, embasaram a idealização do Direito único, estável e individualista pretendido como garantia ao seguro desenvolvimento do comércio livre e sem fronteiras; por outro, o liberalismo e o capitalismo pregados pela emergente classe burguesa na sua atuação política e econômica e que, igualmente sob o norte do individualis-

²⁶⁸ Doravante nominado simplesmente Savigny.

²⁶⁹ Esses postulados, na forma de categorias da técnica jurídica, segundo o trabalho dos juristas alemães do século XIX, sofreram um processo evolutivo de extensão e precisão, no sentido de serem ampliados a outros ramos que não apenas o direito privado e serem aperfeiçoados na definição. Como demonstrativo, o doutrinador remete à concepção de relação jurídica identicamente assumida por Putcha, e às concepções diferenciadas sustentadas pelos civilistas Neuner, Ihering, Gierke, Max Weber, Francesco Ferrara, Dernburg, Hohfeld; pelos processualistas Kholer, Chiovenda e Carnelutti; e pelos normativistas Kelsen, Cicala e Barbero (Esses, segundo a concepção normativa, entendiam a relação jurídica não como um vínculo entre pessoas, mas entre essas e o ordenamento jurídico) (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. rev. atual. e aum. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003).

²⁷⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35.

mo, inspiravam a pretensão de uma autonomia hábil a potencializar a criatividade dos seus sujeitos²⁷¹.

A ingerência não foi diferente no pensamento jurídico de Savigny, que revelou a relação jurídica como categoria científica e jurídica segundo o amparo daqueles mesmos fundamentos ideológicos, tendo “(...) a liberdade como imperativo categórico, expressa na mais ampla esfera de autonomia que se realiza nos institutos da propriedade, do contrato e da transmissão da herança”.²⁷²

Ao abrigo dessa inspiração, Savigny concebeu a relação jurídica segundo uma concepção personalista.²⁷³ Vislumbrou-a como uma relação socialmente estabelecida entre dois ou mais sujeitos no exercício autônomo da vontade originária do seu poder de autodeterminação e alçada à condição de vínculo jurídico pela incidência de uma norma jurídica originária do poder estatal ou da vontade dos próprios sujeitos no exercício da mesma autonomia legalmente reconhecida.²⁷⁴ Essa relação jurídica teria como elementos existenciais, portanto, um acontecimento de ordem material, correspondente à relação ou situação social vislumbrada na conduta dos sujeitos, e outro de ordem formal, correspondente à norma de direito incidente sobre aquela relação ou situação social, responsável pela sua juridicização, ou seja, pela sua transformação “(...) em vínculos pessoais qualificados pela norma jurídica, vale dizer, vínculos normativos (...)”.²⁷⁵ Com essa compreensão, Savigny definiu a relação jurídica como uma

²⁷¹ Segundo Amaral, apresenta-se “a vontade do sujeito como fundamento do individualismo jurídico, e este como justificação axiológica do poder jurígeno dos particulares” (Direito Civil: introdução, 2003, p. 166).

²⁷² AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 166.

²⁷³ Apontada como concepção clássica da relação jurídica, em razão da sua majoritária aceitação ao longo dos séculos. Amaral, por exemplo, ainda hoje define-a semelhantemente como “o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos” (Direito civil: introdução, 2003, p. 159). Andrade, por sua vez, apresenta-a no sentido amplo segundo os mesmos elementos, como “toda a situação ou relação da vida real (social) juridicamente relevante (produtiva de consequências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito” (Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 2).

²⁷⁴ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 161.

²⁷⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 166. Díez-Picazo e Gullon, após definirem a relação jurídica como as relações sociais reguladas pelo sistema jurídico, explicam a construção afirmando que “Toda relação jurídica apresenta dois elementos, um mate-

relação de pessoa a pessoa, determinada por uma regra de direito que confere a cada sujeito um domínio onde sua vontade reina independente de qualquer vontade estranha. Em consequência, toda relação de direito compõe-se de dois elementos: primeiro, uma determinada matéria, a relação mesmo; segundo, a idéia de direito que regula essa relação. O primeiro pode ser considerado como elemento material da relação de direito, como um simples fato; o segundo, como o elemento plástico que enobrece o fato e lhe impõe a forma jurídica. (...).²⁷⁶

Não obstante, a *Teoria da Relação Jurídica*, na qual Savigny identificou cientificamente o conteúdo (estrutura interna) e os elementos (estrutura externa) dessa relação jurídica essencialmente personalista, foi desenvolvida pelo jurista alemão permeada por diversas preocupações: por um lado, alcançar o grau de abstração e generalidade entendidas essenciais à operacionalização das normas jurídicas componentes daquele sistema pretensamente interno e fechado; por outro, garantir a simplicidade e estabilidade jurídicas reclamadas pelo homem burguês em favor do mercado capitalista; por fim, instrumentalizar e assegurar o exercício da ampla liberdade e igualdade entre indivíduos, tidas como essenciais ao liberalismo político e econômico.

Inevitavelmente, por força da dedução-lógica piramidal eleita na terceira sistemática como método de operacionalização do sistema jurídico, também as categorias jurídicas reveladas por Savigny como conteúdo e elementos da noção mais ampla de relação jurídica receberam roupagem adequada àquele estilo racional moderno imputado à relação jurídica.

2.2.1. Direitos subjetivos

rial, que é o vínculo intersubjetivo, e um formal, que é a incidência da regra jurídica sobre ele” (apud AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 2003, p. 160, nota 2).

²⁷⁶ Apud AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 2003, p. 162. Cunha, tendo como base a mesma obra de Savigny, apresenta a definição desse de relação jurídica como “(...) relação interpessoal determinada por uma regra de direito, na qual essa regra determinante outorga a cada indivíduo um domínio sobre o qual a sua vontade reina independente de qualquer vontade estranha” (*A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 13).

No seu conteúdo, a relação jurídica foi visualizada por Savigny segundo uma essência formal e estática²⁷⁷, hábil a afastar indesejadas arbitrariedades e autoritarismos e a consagrar a força da vontade dos indivíduos como corolário da liberdade jurídica, especialmente na seara do direito privado.

O exercício da vontade individual foi assegurado, com essa finalidade, pelo reconhecimento do *direito subjetivo* e dos correspondentes *dever jurídico* e *sujeição* como categorias técnico-jurídicas e pela proclamação dessas como substância única da relação jurídica. Essa relação, concebida abstratamente²⁷⁸, sempre traduziria a assunção por seus sujeitos de uma posição jurídica ativa e passiva firmada pela atribuição de um direito subjetivo e pela imposição de um dever jurídico ou estabelecimento de um estado de sujeição.²⁷⁹ Nessa perspectiva, pela definição cientificamente atribuída ao direito subjetivo e aos correspondentes dever jurídico e sujeição, era formalmente garantida a liberdade dos sujeitos da relação jurídica.

A noção de direito subjetivo germinou gradualmente desde o século XI-II²⁸⁰, sendo “(...) produto da elaboração doutrinária que se inicia na Idade Média”.²⁸¹ A sua existência, contudo, como “estruturas da vontade humana ou a

²⁷⁷ Numa visão mais recente (Karl Larenz, Clóvis do Couto e Silva e Orlando de Carvalho), a relação jurídica vem sendo concebida segundo uma perspectiva dinâmica, sendo considerada uma totalidade unitária e orgânica, que, composta por inúmeros direitos e deveres, está em constante evolução, desenvolvendo-se em face de um objeto (AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 168).

²⁷⁸ Abstratamente, segundo Andrade, porque a revelação da categoria deixou de considerar relações jurídicas efetivamente constituídas ou individualmente determinadas, limitando-se a “uma relação jurídica figurada, ideal: um esquema, um modelo, um arquétipo de que a realidade da vida jurídica nos oferecerá, depois, um maior ou menor número de exemplares concretos. (...)” (Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 3).

²⁷⁹ Andrade define a relação jurídica em sentido estrito como “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição (Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 2).

²⁸⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 59.

²⁸¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 189.

ela ligadas, (...)”²⁸², foi reconhecida juridicamente apenas após o século XVI²⁸³, por ocasião do jusracionalismo²⁸⁴. Segundo Amaral²⁸⁵, “no século XVI, com Donellus, e no séc. XVIII, com Christian Wolf e Kant, é que se começa a elaborar um conceito geral e abstrato capaz de, reunindo as notas comuns das situações da vida real, representar um poder jurídico à disposição dos indivíduos para a realização de seus interesses.”

A construção de Savigny remontou aos ensinamentos dessa época. Com base na essência da *teoria da vontade*, revelou o direito subjetivo como categoria científico-jurídica vinculada à relação jurídica exatamente em razão de o seu alicerce axiológico estar centrado na liberdade do homem, pois “seu fundamento é a autonomia dos sujeitos, a liberdade natural que se afirma na sociedade e que se transforma, pela garantia do direito, em direito subjetivo, isto é, liberdade e poder jurídico”.²⁸⁶ Desse prisma, Savigny consolidou o direito subje-

²⁸² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 62.

²⁸³ O Renascimento contribuiu a essa formulação, “assumindo antropocentricamente a condição humana e questionando o destino do homem, se bem que nele coexistisse a idéia e a imperiosidade da ordenação divina” (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 62).

²⁸⁴ Nesse caminho, algumas teorias negaram a existência do direito subjetivo. O direito natural clássico de Aristóteles e de São Tomás de Aquino negava-lhe reconhecimento por ferir a ordem natural responsável por estabelecer “o justo lugar de cada um dos elementos, pessoas ou coisas que compõem o universo”, pois conferia prerrogativas aos indivíduos. O positivismo sociológico de Leon Duguit entre outros, rejeitava-o por representar a supremacia da vontade individual, em prejuízo à solidariedade e interdependência social que deveriam conduzir a construção do direito nas decisões judiciais incidentes sobre fatos concretos. O positivismo normativista de Hans Kelsen, James Goldschmidt e Karl Olivecrona, por fim, reconhecia apenas o direito objetivo formal originário da vontade estatal, afastando o direito subjetivo por considerá-lo metajurídico e, assim, marcado por significados jusnaturalistas e ideológicos (de natureza política, moral e religiosa) que contrariavam a pureza da norma jurídica (AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 190-191). Segundo Amaral, se essas teorias negativistas não prevaleceram, suas razões foram consideradas e revigoradas na “teoria dos limites do direito subjetivo em que se destacam o abuso do direito, a função social da propriedade e as limitações da ordem pública ao exercício da autonomia privada” (Direito Civil: introdução, 2003, p. 192). Ademais, se inicialmente o direito subjetivo foi reconhecido na ambigüidade do conceito de direito jusracionalista (direito objetivo x direito subjetivo), mais tarde, segundo a crítica do positivismo normativista, foi compreendido segundo uma relação de dependência ao direito objetivo, no sentido de não existir por si, não tendo a forma de direito natural com geração espontânea. A sua fonte sempre seria a norma jurídica originária da vontade estatal ou da vontade particular e sua existência sempre seria desenvolvida segundo os limites traçados naquela.

²⁸⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 189.

²⁸⁶ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 195.

tivo no século XIX como o instrumento hábil a garantir a autonomia dos sujeitos da relação jurídica, atribuindo-lhe a denominação *subjetivo* justamente em contraposição ao genérico direito objetivo, por ser “exclusivo do respectivo titular” e seu exercício também ocorrer exclusivamente por vontade deste, constituindo “um poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo”.²⁸⁷

Dessa forma, segundo o substrato da autonomia da vontade, Savigny definiu o direito subjetivo, numa ampla acepção envolvente das espécies *direito subjetivo em sentido estrito e direitos potestativos*²⁸⁸, como

(...) a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer) ou de por um acto da sua vontade – com ou sem formalidades –, só de per si ou integrado depois por um acto da autoridade pública (decisão judicial) produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte).²⁸⁹

²⁸⁷ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 187. Francisco Amaral ressalva que, apesar do direito subjetivo carregar em seu conteúdo um “conjunto de poderes e deveres”, traduzindo o vínculo jurídico, sempre, um “poder jurídico”, esse poder pode “apresentar-se como direito subjetivo, pretensão, direito potestativo e faculdade jurídica, (...)” (Direito Civil: introdução, 2003, p. 172). Todavia, esclarece que as faculdades jurídicas, enquanto “possibilidade de atuação jurídica que o direito reconhece na pessoa que se encontra em determinada situação”, são sempre vinculadas e dependentes de direitos subjetivos, estando contidas nos mesmos e sendo criadas pelos mesmos direitos, como é o caso da propriedade, que, nas palavras de Bevilacqua, “compreende a posse e as faculdades de usa, gozar e dispor” (BEVILAQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil, 1929, p. 64); e que as pretensões, enquanto “direito que o titular do direito subjetivo tem de exigir de outrem uma determinada ação ou omissão (...)” (Direito Civil: introdução, 2003, p. 205), são originárias do próprio direito subjetivo quando violado o dever jurídico e dirigidas ao ofensor.

²⁸⁸ Na Alemanha, recebem a denominação corrente de direitos conformativos, e, na Espanha, de direitos constitutivos (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 12).

²⁸⁹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 3. Essa definição de direito subjetivo vinculada ao poder jurídico não é pacífica doutrinariamente. Alguns juristas vinculam-na ao elemento interesse, como Rudolph Von Ihering, que define-o como “o interesse juridicamente protegido”. À essa concepção, a corrente majoritária do poder jurídico opõe-se sustentando que o predomínio e a satisfação de interesses seriam o fim da atribuição do direito subjetivo, sendo anterior a esse, não alcançando sua estrutura interna, mas apenas sua função, de maneira que a “todo o direito subjectivo corresponderá um tal interesse. Mas não inversamente” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 8-9). Por fim, ainda existiu quem o vinculasse, numa teoria mista, a ambos elementos (interesse e vontade), definindo-o como o “interesse tutelado por lei mediante o reconhecimento da vontade individual” (AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 194). A essa concepção, contudo, estenderam-se todas as críticas estendidas às demais.

Compreendendo o direito subjetivo como o poder atribuído por uma norma jurídica a um sujeito de exigir ou pretender um determinado comportamento de outro sujeito, ou de produzir determinados efeitos jurídicos em face desse outro sujeito, e o dever jurídico²⁹⁰ e a sujeição²⁹¹, como a situação passiva da pessoa contra quem se dirige aquele poder jurídico (de exigir e pretender, ou de produzir efeitos jurídicos), a construção savignyana garantiu, na seara das relações jurídicas privadas, a liberdade entendida essencial ao mundo dos séculos XVIII e XIX, na medida em que o exercício do direito subjetivo e a observância ao correspondente dever jurídico foram postos “na dependência da vontade do seu titular”.

(...) o exercício do direito subjetivo (e paralelamente a efetivação do correspondente dever ou sujeição) é posto na dependência da vontade do seu titular. O comando contido na respectiva norma de direito objectivo só funciona se assim o quiser o titular do poder jurídico em que consiste o direito subjectivo. (...). A norma (direito objectivo) que confere um direito subjetivo como que é apropriada pelo titular deste direito; como que se torna sua, podendo essa pessoa dispor dela conforme lhe aprouver.²⁹²

A atribuição do direito subjetivo pela norma jurídica originária do direito objetivo, dessa forma, acabava por marcar um domínio reservado, dentro do qual o seu titular poderia, individual e livremente, atuar de forma legítima sobre determinado objeto, buscando a realização dos seus interesses. O exercício

²⁹⁰ O dever jurídico, vinculado ao direito subjetivo em sentido estrito (poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento), foi compreendido como a necessidade daquele sujeito em face do qual podia ser exercida a exigência ou pretensão, adotar o comportamento positivo ou negativo prescrito na própria norma jurídica que conferia o direito subjetivo (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 11), e que era “compatível com o interesse do titular subjetivo” (AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 199). Nos direitos absolutos, esse dever é geral, estendendo-se a toda a coletividade; nos direitos relativos, esse dever é especialmente dirigido àquela pessoa vinculada pessoalmente à relação jurídica.

²⁹¹ A sujeição, ou estado de sujeição, vinculada aos direitos potestativos (poder de produzir um efeito jurídico constitutivo, modificativo ou extintivo, mediante simples declaração de vontade, excepcionalmente seguida de uma decisão judicial), foi definida pela necessidade do seu sujeito, não de sujeitar-se ao poder do titular daqueles, mas de suportar “(...) a produção das respectivas consequências jurídicas” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 13), ou seja, de suportar os efeitos do exercício do direito potestativo e que ensejam “mudanças que se operam na sua própria esfera” (AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 201).

²⁹² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 7.

desse direito subjetivo como poder de exigir de outrem um certo comportamento, em razão da esfera de liberdade cujo resguardo era o seu fundamento, segundo Coelho, sempre seria livre, somente sofrendo restrição no “caso de flagrante contraste entre o exercício do direito e a sua função intervindo uma reacção da ordem jurídica”.²⁹³

O sujeito titular do direito subjetivo, agindo autonomamente, definia não apenas a própria iniciativa de vincular-se juridicamente como a própria regulamentação do vínculo jurídico estabelecido, determinando o conjunto de “poderes e deveres” pelos quais alcançaria a satisfação do seu interesse. Ainda, segundo a espécie do direito subjetivo em sentido estrito, no caso de violação pela não-satisfação voluntária da conduta prometida pelo outro sujeito (o dever jurídico), também optaria de acordo com a sua vontade entre solicitar ou não ao Estado a adoção de medidas coativas “tendentes a proporcionar-lhe a mesma vantagem que lhe era devida, ou outra quanto possível equivalente, ou a aplicação de outras sanções”.²⁹⁴

Ao titular do dever jurídico, por sua vez, também era resguardada a desejada liberdade, na medida em que contava com a possibilidade de não cumprir a prestação voluntariamente assumida em favor do titular do direito subjetivo, de sorte que, optando pelo descumprimento, expunha-se, por sua vontade, a coativamente lhe ser imposto o cumprimento, ou a sofrer as sanções cominadas pela própria norma jurídica, já previamente conhecidas (diferentemente do sujeito em mero estado de sujeição, para o qual era inexistente a alternativa de sofrer os efeitos jurídicos da ação do outro sujeito, pois sua produção era inelutável).

Diante disso, o direito subjetivo tinha uma existência meramente ideal (não corpórea)²⁹⁵, sendo formado por faculdades representativas da mera possibilidade de atuação jurídica (poder de exigir ou pretender atribuído pela ordem

²⁹³ Pereira Coelho apud SOUSA, Rabindranath Valetino Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 609.

²⁹⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 11.

²⁹⁵ Segundo Enneccerus (apud Andrade, 1997, p. 34), “o direito subjetivo não é coisa que seja perceptível pelos sentidos. É apenas algo pensado”. De acordo com Ferrara (apud Andrade, 1997, p. 34), é “uma força ideal jurídica posta à disposição do sujeito pelo direito objetivo”.

jurídica a uma pessoa). O exercício dessas faculdades, portanto, não era essencial à sua existência; apenas era vinculado ao livre arbítrio do titular, seja na própria iniciativa de ação, seja nos limites da ação, pois *neminem laedit qui iure suo utitur* (“a ninguém prejudica aquele que usa seu direito”).

O direito subjetivo, dessa forma, ao ser identificado como conteúdo estável e formal da relação jurídica, foi categoria técnico-jurídica construída pela pandectística alemã como reconhecimento formal, pelo direito, da esfera de liberdade individual eleita valor absoluto da modernidade, consistindo “no instrumento de realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo, (...)”.²⁹⁶ Por ele estabeleceu-se a autonomia privada como “a base e a finalidade do sistema jurídico”²⁹⁷, garantindo-se formalmente aos particulares o poder de estabelecer a disciplina normativa das próprias relações jurídicas.

2.2.2 O sujeito de direito: a pessoa humana no aspecto técnico operativo

Se no seu conteúdo a relação jurídica foi vislumbrada segundo a formalidade e a estaticidade do direito subjetivo, também com relação aos elementos integrantes da sua estrutura externa a construção savignyana primou pelo alcance de uma definição que, caracterizada pela formalidade e simplicidade, atendesse aos reclamos do capitalismo e, pela abstração e genericidade, desconhecasse particularismos e afastasse concretizações ou individualizações. Se ao estabelecer o conteúdo da relação jurídica primou-se por assegurar, formalmente, a liberdade de atuação dos indivíduos, na seara do seu sujeito primou-se por estabelecer a igualdade paralelamente pregada pelo liberalismo moderno e

²⁹⁶ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 189.

²⁹⁷ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 190.

realizada juridicamente segundo os princípios do individualismo e do universalismo.

Dessa forma, ao elaborar a Teoria da Relação Jurídica, Savigny construiu como resultado da noção mais ampla de relação jurídica, pelo método de dedução-lógica piramidal, os conceitos de pessoa, capacidade jurídica e sujeito de direito. Para a definição de pessoa e a construção da categoria do sujeito de direito, Savigny partiu do conceito naturalístico de pessoa proposto por Immanuel Kant²⁹⁸ na obra *Metafísica dos costumes* e que se aproximava da tradição escolástica²⁹⁹ e jusracionalista, segundo a qual seriam pessoas todos aqueles sujeitos, ou melhor, aqueles seres humanos que, como entes morais dotados de vontade livre, eram suscetíveis de imputação por seus atos (a personalidade moral é a liberdade de um ser racional submetido a leis morais).³⁰⁰

²⁹⁸ Doravante nominado simplesmente Kant.

²⁹⁹ “Segundo Hans Hattenhauer, Conceptos fundamentales del derecho civil, p. 14 e ss, a associação entre as idéias de pessoa e de ser humano tem seu início no pensamento teológico de São Tomás de Aquino (1225-1274), em seguida desenvolvido pelo jusnaturalismo espanhol dos séculos XV e XVI e laicizado por obra do jusnaturalismo racionalista do Iluminismo. Desse modo, o postulado de que todos os seres humanos são pessoas e, em especial, de que todas as pessoas são seres humanos, não pode ser considerado cristalizado no pensamento jurídico anteriormente ao final do século XVIII, sendo, portanto, um autêntico fruto da modernidade jurídica. A posterior construção de que a pessoa é o sujeito de direito, ou seja, o ser humano é tomado como membro da comunidade jurídica que corresponderia, conseqüentemente, à comunidade humana, base filosófica da teoria da relação jurídica em Savigny, encontra-se em Immanuel Kant, *Metaphysique des moeurs*, v. 2, p. 269-271. (...)” (CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 5, nota 15).

³⁰⁰ “Uma pessoa é esse sujeito cujos atos são suscetíveis de imputação. A personalidade moral não é, portanto, nada mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais (já que a personalidade subjetiva é somente a faculdade de tornar-se consciente acerca da identidade de si mesmo nas diversas situações de sua existência); disso resulta que uma pessoa não pode estar submetida a outras leis do que aquelas que impôs a si própria (sozinha ou, pelo menos, simultaneamente a outras)” (CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana*, p. 10). Segundo Cunha, “para o filósofo alemão, os seres humanos livres são necessariamente entes morais, pois o conceito de liberdade é o princípio da intelegibilidade a priori da idéia de moral, não sendo esta senão “a legislação prática da razão segundo o conceito da liberdade (Immanuel Kant, *Crítica da faculdade do juízo*, p. 15)” (CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana*, p. 14, nota 11). Não obstante atualmente seja quase que automática essa vinculação entre seres humanos e sujeito de direito, essa clareza nem sempre foi imperante justamente pela falta de sistematização do mundo jurídico em categorias bem definidas. Bevilacqua menciona a concepção que Picard (*Lê droit pur*, XL) tinha sobre “o animal desprovido de razão como sujeito de direito, porque ele é o objecto de medidas de benevolencia e protecção” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*, 1929, p. 64, nota 100).

Apropriando-se do *sujeito* tão caro a Kant, Savigny adotou-o como termo diferenciador de pessoa humana, criando a categoria do *sujeito de direito*³⁰¹ como o sujeito universal com aptidão para assumir a posição de titular do direito subjetivo que estruturava internamente a relação jurídica. Na definição desse sujeito de direito, Savigny incluía os seres humanos que, como entes morais dotados de vontade livre, eram não apenas suscetíveis de imputação por seus atos, mas podiam relacionar-se juridicamente em sociedade por serem dotados de capacidade jurídica, então compreendida como a “aptidão concedida pela ordem jurídica, para ser titular de direitos subjetivos”.³⁰²

Desse ponto de vista, enquanto a *pessoa humana* teria uma formação e definição naturalísticas, o *sujeito de direito* teria uma formação e definição normativas, pois somente seria tal quando fosse dotado pela ordem jurídica e, portanto, pelas normas jurídicas, de capacidade jurídica. Dessa forma, para Savigny, todo o ser humano era pessoa, ao passo que o sujeito de direito somente seria a pessoa em sentido jurídico, ou melhor, o *ente* dotado de capacidade jurídica. De acordo com essa concepção, a pessoa humana podia ser mais ou menos que o sujeito de direito segundo a comunidade que fosse considerada, se a humana ou a jurídica.

Estabeleceu Savigny, assim, uma essencial diferenciação e interdependência entre os conceitos de pessoa, capacidade jurídica e sujeito de direito, alcançando, por isso, a unitariedade do sujeito, essencial à concretização do projeto de codificação segundo um sistema interno e fechado.

³⁰¹ Manuel A. Domingues de Andrade, ao tratar dos sujeitos da relação jurídica, diferencia o termo sujeito de direito ou sujeito jurídico, do termo sujeito de direitos (ou de obrigações). Enquanto aquele designaria aquela pessoa que pode ser sujeito de relações jurídicas, embora “porventura não seja na realidade sujeito de nenhuma”, esse não se resumiria à simples potencialidade, sendo representado por aquela “entidade que seja de facto sujeito de relações jurídicas” (Teoria geral da relação jurídica, 1997, p. 29).

³⁰² CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 20. A referência é relativa à capacidade de direito, também nominada capacidade de gozo, distinta da capacidade de exercício, ou capacidade de fato, compreendida como a aptidão para, como titular de direitos subjetivos, agir pessoal e autonomamente no exercício desses mesmos direitos.

2.2.3. Objeto: coisa e sujeito

Segundo Savigny, essa relação jurídica estruturada com um sujeito de direito titular de um direito subjetivo corresponderia ao “domínio da livre atuação da vontade”³⁰³ determinado pela norma jurídica, no qual aquele sujeito de direito atuaria conforme a sua moral independentemente de vontade estranha. A vontade livre desse sujeito de direito, contudo, se era suficiente à sua autodeterminação, no sentido de fixar a própria existência, “libertando-se da natureza contingente”³⁰⁴, sofria restrições na proteção que juridicamente lhe era estendida, uma vez que só era reconhecida na sua atuação frente ao mundo exterior.

A proteção juridicamente estendida ao ser humano como sujeito de direito era dirigida apenas às exteriorizações da vontade humana, no sentido de garantir a posição ocupada frente aos outros sujeitos de direito (titulares de deveres ou em posição de sujeição) nas respectivas relações sociais. Dessa forma, o campo de ação abrangido pela relação jurídica como “única forma de aquisição de direitos subjetivos”³⁰⁵, conforme a Teoria da Relação Jurídica, foi delimitado à parte externa do sujeito de direito.

Savigny, por essa construção, estabeleceu uma limitação ao próprio poder que formava o conteúdo do direito subjetivo. A vontade livre do sujeito de direito, para ser reconhecida como tal, necessariamente seria dirigida a um objeto limitado da relação jurídica, o que naquele tempo atendia aos reclamos do liberalismo econômico moderno; seria dirigida a uma coisa ou a outro sujeito, mas nunca à própria pessoa do sujeito declarante, com a qual a vontade nunca

³⁰³ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 15. O autor remete à obra de Savigny, p. 328.

³⁰⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 16, nota 17.

³⁰⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 13.

estabeleceria relação jurídica e, portanto, nunca representaria exercício de direitos subjetivos.³⁰⁶

Sendo assim, o objeto da relação jurídica, e, conseqüentemente, o objeto dos direitos subjetivos, segundo a Teoria da Relação Jurídica, estaria centrado ou nas coisas, então compreendidas como toda porção delimitada da natureza não livre, com formação estritamente corpórea³⁰⁷ (critério diferenciador da pessoa), ou noutros sujeitos, mais especificamente, numa parcela da vontade livre desses outros sujeitos, concedida por eles no exercício da sua autodeterminação (sem coisificá-lo, portanto). Eram esses e somente esses os bens que, ao tempo da construção da doutrina tradicional, foram reputados “dignos de serem tutelados em certos termos – aliás variáveis – mediante a concessão de direitos subjectivos e a imposição das correspondentes obrigações”.³⁰⁸

Segundo Savigny, inexistiam direitos sobre a própria pessoa, especialmente considerando ser ilógico fazer da pessoa o sujeito e o objeto desses direi-

³⁰⁶ Definidos por Savigny como o poder da pessoa de agir segundo a sua vontade livre com o consentimento dos outros (CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 16, nota 17).

³⁰⁷ Nos termos do par. 90 do Código Civil alemão (BGB), segundo o qual “coisas, no sentido da lei, são somente os objetivos corpóreos”, a noção jurídica de coisa restringia-se aos bens com existência material exterior à pessoa, apreensível ou perceptível pelos sentidos (*res quae tangi possunt*) (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, 1997, p. 227). Esse conceito jurídico seria distinto do sentido filosófico, pelo qual coisa corresponderia a “aquilo que de real ou fictício pode ser pensado pela nossa mente – tudo aquilo, em suma, que pode constituir objecto de representação intelectual”, e do seu sentido físico, pelo qual corresponderia a “aquilo que tem natureza corpórea, que faz parte do mundo exterior, ocupando lugar no espaço ou, pelo menos, sendo perceptível pelos nossos sentidos” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 1997, p. 199).

³⁰⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 1997, p. 188. Hoje, a concepção moderna considera como objeto imediato da relação jurídica o comportamento, a ação ou a omissão dos sujeitos, e, como objeto mediato, as coisas sobre as quais esse comportamento incide e que podem corresponder a uma coisa propriamente dita (aquilo que tem existência material e que é suscetível de medida de valor, por ter utilidade ao homem e serem apropriáveis), ou a um bem (aquilo que tem valor por ser útil e apropriável, tenha ou não existência material, como as ações humanas, os atributos ou manifestações de personalidade do próprio sujeito, direitos, as diversas formas de energia, atividades intelectuais ou técnicas, informações técnicas e econômicas, etc.) (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 2003, p. 309-311). Genericamente, essa concepção seria marcada por elementos mínimos, como a impessoalidade (sem personalidade), a existência autônoma, a idoneidade à satisfação de interesses e a possibilidade de apropriação (subordinação ao homem) (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, 1997, p. 202).

tos, considerando-o igualmente “(...) supérfluo, no que era seguido pela doutrina dominante (nomeadamente, Thon, Sintenis, Arndts, Hasse e Jellinek)”³⁰⁹.

2.3 DIREITO PRIVADO: PATRIMONIALIZAÇÃO E DESUMANIZAÇÃO

Diante desse quadro, evidencia-se a relevância que a *Teoria da Relação Jurídica* assumiu na construção da sistematização jurídica idealizada ao tempo do jusracionalismo. Através dos seus conceitos gerais de relação jurídica, direitos subjetivos, sujeito de direito, capacidade jurídica e coisa, a teoria savignyana permitiu a formulação da teoria geral do direito privado alemão e, com tal concepção do Direito enquanto ciência, a construção do sistema jurídico privado alemão.

Fazendo daqueles conceitos categorias cientificamente certificadas, essa construção qualificou-as como certezas jurídicas que vieram a atender ao raciocínio lógico-dedutivo reclamado pelo liberalismo burguês, sendo, por isso, reconhecidas como categorias jurídicas embasadoras daquele sistema jurídico. Por meio dessas certezas explicadas e justificadas entre si, a sistematização jurídica alemã alcançou aquela interioridade que, marcada pelos laços de imanência entre as respectivas normas jurídicas, supostamente propiciaria o grau de suficiência pretendido como garantia à unicidade e à estabilidade do Direito e, inarredavelmente, à própria estabilidade estatal.

Esse sistema jurídico, contudo, seguindo a coerência da unidade e da estabilidade normativas, acabou sendo integralmente dirigido a relações jurídi-

³⁰⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p.131, nota 121. Em posição oposta e minoritária, reconhecendo a existência dos direitos sobre a própria pessoa, estavam Puchta, Denburg, Regelsberger, Neurer e Gierke (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p.131, nota 121), cuja compreensão particular da problemática é exposta por Sousa em linhas gerais (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 130-132).

cas que, apesar de serem diferenciadas na sua natureza (obrigacional, real, familiar, etc.), foram visualizadas apenas segundo a estrutura formal do direito subjetivo (e correspondentes dever e sujeição) titularizado pelo sujeito de direito e incidente sobre o objeto limitado das coisas ou da vontade dos outros sujeitos.

Por outro lado, sendo o Direito oitocentista apresentado e reconhecido apenas na forma da lei codificada (excludente de ordens plúrimas), esse sistema jurídico fechado acabou por excluir qualquer outra forma de relação que, por sua estrutura fática, pudesse enquadrar-se naquela figura abstrata da relação jurídica contida na Parte Geral da codificação, mas que fosse estranha àquelas previstas na sua Parte Especial em seus taxativos institutos do contrato, da propriedade, da família e da sucessão hereditária.

Dessa forma, ao propor a Teoria da Relação Jurídica e sobre essa situar o vértice do sistema jurídico alemão, Savigny criou, certamente por influência da concepção de sistema jurídico interno e fechado vigente em seu tempo e por ele pregado como um *sistema em construção*, uma distinção e afastamento entre o mundo social e o mundo jurídico.

O Direito seria o sistema de regras que estabelece uma espécie de linha demarcatória invisível, capaz de circunscrever os limites dentro dos quais os diferentes seres humanos podem agir de acordo com a liberdade que lhes é inerente enquanto entes morais, preservando, assim, a individualidade, a segurança e a paz social.³¹⁰

Pelo critério da relevância, o mundo jurídico seria formado não por qualquer relação social, mas somente por aquelas relações que sofressem a juridicização como efeito da incidência das normas jurídicas, recebendo um contorno jurídico.³¹¹

³¹⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005 p. 14.

³¹¹ “Assim sendo, a relação jurídica nada mais é do que um tipo específico de relação social. Dentre os diferentes tipos de relações que pode o homem estabelecer com o mundo em que vive, nem todas têm um sentido jurídico; nem sequer a totalidade daquelas que estabelece com o seu semelhante, “os seres que têm a sua mesma natureza e finalidade” (CUNHA, Ale-

O direito privado alemão, dessa forma, e, conseqüentemente, o próprio direito civil alemão, acabou fechando-se nos institutos regulamentados na “Parte Especial” da codificação civil e fundamentado dogmaticamente na “Parte Geral” do mesmo diploma. As relações jurídicas privadas, portanto, limitaram-se àque-las relações disciplinadas em contratos tipos, em direitos reais típicos, em víncu-los familiares limitados e em sucessões hereditárias mínimas.

Naturalmente, por força desse quadro, ao proceder à construção centra-lizada do Direito Civil alemão pela dedução lógica dos conceitos gerais contidos na Parte Geral da codificação alemã, os cientistas alemães acabaram imputando aos institutos tratados na sua Parte Especial e às categorias científicas a esses vinculados um caráter essencialmente patrimonial, desvinculado de qualquer consideração da humanidade como valor absoluto, o qual, se hoje é merecedor de repugno, naquele tempo foi aceito e cultivado por atender aos efetivos ansei-os da elite capitalista que, politicamente, pregava o liberalismo individualista.

2.3.1 Direitos patrimoniais

A distinção feita por Savigny entre pessoa e sujeito de direito não se limi-tou à simples inserção de cada qual em diferentes esferas – a social e a jurídica -, abrangendo também a colocação de que, se como pessoa o ente era livre e

xandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 13-14). “Há relações pura-mente jurídicas, como é o caso da propriedade, enquanto outras são apenas parcialmente re-guladas pelo Direito, por exemplo, o casamento, ou por ele inalcançáveis, como a amizade” (CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 15). “Todavia, nem todas as relações de homem a homem entram no domínio do direito, nem todas têm ne-cessidade, nem todas são suscetíveis de serem determinadas por uma regra de tal gênero. Cabe, pois, distinguir três casos: ora a relação está inteiramente dominada por regras jurídicas, ora está somente em parte, ora escapa a elas por completo. A propriedade, o matrimônio e a amizade podem servir como exemplo dos três diferentes casos” (SAVIGNY apud AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, 2003, p. 162).

não poderia estar submetido “a outras leis do que aquelas que impôs a si”³¹², como e quando sujeito de direito, ele seria capaz de impor a sua vontade livre às outras pessoas, exercendo sobre elas aquele poder que estabeleceria uma reciprocidade de dever ou sujeição jurídicos.³¹³

O direito subjetivo, dessa forma, segundo a Teoria da Relação Jurídica, não se destinava a proteger o “indivíduo propriamente dito, mas antes a posição por ele ocupada perante os outros”³¹⁴, ou seja, nos termos expostos, a atuação do sujeito de direito nas suas relações com o mundo exterior.

Para Savigny, diante disso, inexistiam nas relações jurídicas privadas os direitos originários defendidos pela doutrina racionalista do direito natural, e vislumbrados como direitos inatos e inerentes aos seres humanos³¹⁵. Havia apenas os direitos adquiridos, compreendidos como os direitos alcançados pelo sujeito de direito durante a sua existência e exercidos sobre os bens que podiam ser objeto de relações jurídicas, ou seja, as coisas e a vontade dos demais sujeitos. A negativa savignyana em reconhecer os direitos originários baseava-se, primeiro, na impossibilidade lógica de existir um direito sobre a própria subjetividade, já que irrealizável o controle do pensamento humano e inadmissível que a pessoa ocupasse a posição tanto de sujeito como de objeto de direitos; segundo, no perigo em reconhecer um direito sobre o próprio corpo, por ser “apto a tornar lícitas atitudes como o suicídio ou a automutilação”.³¹⁶

Desse modo, para a Teoria da Relação Jurídica apenas os direitos adquiridos existiam como direitos subjetivos, os quais teriam por objeto apenas as

³¹² Kant centraliza nisso a personalidade moral da pessoa humana (CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 10).

³¹³ Cunha define capacidade de direito como a situação jurídica de uma pessoa em relação às outras, e sujeito de direito como “toda pessoa humana capaz de impor a sua vontade livre às outras e aos objetos da natureza, exercendo sobre eles um poder (*vermögen*)” (*A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 11).

³¹⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 17.

³¹⁵ Seriam “uma espécie de direito de propriedade que esses podem exercer sobre si mesmos e que lhes garantem, entre outros, a liberdade de pensamento e, conseqüentemente, o livre emprego da razão” (CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 15).

³¹⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 16.

coisas ou outros sujeitos no exercício da sua autodeterminação. O sujeito de direito, portanto, era aquela pessoa humana que, por estar investida de capacidade jurídica, era “(...) capaz de impor a sua vontade livre às outras e aos objetos da natureza, exercendo sobre eles um poder (*vermögen*)”.³¹⁷

Esses direitos adquiridos que estruturariam internamente a relação jurídica eram catalogados por Savigny em duas espécies: os *direitos reais*, correspondentes àqueles direitos subjetivos adquiridos pela atuação da vontade livre sobre as coisas (porção determinada da natureza não livre), e os *direitos pessoais*, adquiridos pela atuação da vontade livre sobre parcela da esfera da vontade livre de outro sujeito, em reconhecimento à sua autodeterminação.

Ambas as espécies, como direitos adquiridos, integrariam e esgotariam o conjunto das relações jurídicas passíveis de serem estabelecidas pelo sujeito de direito no exercício da sua individualidade e que, uma vez estabelecidas, formavam uma universalidade de bens à qual Savigny atribuiu a designação genérica de “patrimônio” (*vermögen*), e, por força desse, estendeu àqueles a designação igualmente genérica de “direitos patrimoniais”. A esses, o jurista alemão contrapunha apenas os direitos de família, originários de relações que, estabelecidas no seio familiar pelo casamento e pela filiação, sofriam a juridicização por força de uma relevância própria³¹⁸, indiretamente também vinculada ao critério do valor patrimonial.

Os ventos dessa construção teórica sopraram ainda no século XIX sobre a Escola da Exegese francesa, que, segundo a influência germânica da Escola Histórica do Direito e, mais especificamente, segundo a proposição de Aubry e Rau³¹⁹, elaborou a teoria clássica do patrimônio, tendo como base uma concep-

³¹⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 11.

³¹⁸ De acordo com Cunha, as relações de família se diferenciariam das relações patrimoniais por criarem “uma esfera de dominação da vontade que inclui toda a pessoa do outro indivíduo sem, no entanto, negar a sua liberdade”, diferenciando-se dos direitos reais que, “uma vez incidindo sobre outro ser humano, são negativos de sua condição de pessoa, e dos direitos pessoais, que recaem apenas e tão-somente sobre uma parte da esfera de liberdade do outro” (A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 19-20).

³¹⁹ Na obra Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae, publicada pela primeira vez entre 1839 e 1846 (CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 23).

ção próxima de pessoa humana, diferenciada apenas por perder a característica naturalística da noção savignyana.

Para ambos os juristas franceses, a pessoa seria categoria constituída pela ordem jurídica pela atribuição da capacidade jurídica. Assim, se a pessoa seria “qualquer ser humano nascido vivo e viável”³²⁰, toda pessoa humana gozaria de capacidade jurídica e, conseqüentemente, de personalidade, tendo “aptidão a tornar-se sujeito de direitos e de obrigações”³²¹, contando com uma esfera dentro da qual poderia exercer aqueles direitos subjetivos que estruturam a relação jurídica, adquirindo bens do seu interesse.

Segundo essa teoria clássica, portanto, o patrimônio da pessoa seria o âmbito de atuação do seu poder jurídico, sendo desconsiderados “limites temporais e espaciais”³²², e compreenderia os bens presentes (*in actu*) adquiridos em suas relações jurídicas e os bens futuros (*in potentia*) que potencialmente poderia adquirir nas suas relações com o mundo exterior³²³. Esses bens – presentes e futuros –, por serem “a matéria sobre a qual um mesmo sujeito exerce o seu poder jurídico”, formariam uma universalidade de direito que estaria sempre presente como uma emanção da própria personalidade, pois toda pessoa seria dotada de capacidade jurídica e, conseqüentemente, teria um patrimônio como reflexo da sua personalidade, mesmo que destituído de conteúdo efetivo.

O patrimônio, portanto, seria um “atributo necessário da própria personalidade do respectivo titular, a irradiação ou projeção natural da potência jurídica

³²⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 23.

³²¹ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 23.

³²² CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 11.

³²³ Também em distinção à construção de Savigny, Aubry e Rau reconhecem os direitos originários no patrimônio das pessoas humanas, reconhecendo-os como direitos subjetivos inatos. Não obstante, sem conseguir afastar-se da tradicional concepção de direito subjetivo, os juristas franceses visualizam-nos numa natureza patrimonial, tendo em vista essencialmente as obrigações nascidas da prática de ilícitos, por força do dever de reparação. Cunha, contudo, ressalva que essa inovação de Aubry e Rau não encontrou base nem mesmo na sua própria concepção de Direito, então restrita aos atos do mundo exterior, de maneira que “confundem direito subjetivo com proteção reflexa, tratando de forma indistinta o que Savigny separa com bastante clareza” (CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 11, nota 27).

da pessoa nas suas relações com os objectos exteriores”³²⁴. Essa universalidade, diante dessa concepção personalista do patrimônio, seria caracterizada pela unidade e indivisibilidade, uma vez que, por um lado, correspondendo àquele poder originário da capacidade jurídica e sendo única essa capacidade jurídica, também seria único o patrimônio formado pelo âmbito de atuação daquele poder; por outro, tendo natureza incorpórea e sendo indivisível a pessoa do seu titular, também seria indivisível como uma efetiva universalidade.

Outrossim, essa universalidade seria jurídica (*universitas iuris*), não uma universalidades de bens (como afirmava Savigny), por diferenciar-se de um “agregado mecânico, uma totalidade concreta”³²⁵, e corresponder a um “agregado orgânico, uma totalidade abstracta, com entidade distinta da daqueles direitos e obrigações, que aliás podem variar sem que se quebre ou altere a identidade do todo, adentro do qual são elementos fungíveis”³²⁶. De acordo com a teoria clássica do patrimônio, portanto, concebia-se que o sujeito de direito era “antes o patrimônio do que a pessoa”³²⁷, tendo Aubry e Rau chegado a afirmar que o patrimônio seria a própria personalidade humana.

Essa concepção personalista do patrimônio é explicada pelo entendimento na época prevalente da noção de pessoa, então circunscrito à sua capacidade patrimonial. Por esse, o patrimônio era visto como uma universalidade de direito por ser configurativo da própria pessoa, então qualificada igualmente como única, constante, indivisível, etc.³²⁸ Segundo ressalta Cunha ao fazer remissão aos

³²⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica, 1997, p. 211.

³²⁵ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica, 1997, p. 212.

³²⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica, 1997, p. 212.

³²⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 28.

³²⁸ Os vícios dessa construção teórica, contudo, radicam na confusão por ela estabelecida entre as noções de patrimônio e de capacidade patrimonial, ao atribuir ao patrimônio “propriedades ou qualificações que só são exactas quanto à capacidade patrimonial (...)” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica, 1997, p. 211), isto é, quanto à capacidade (suscetibilidade, idoneidade) para ser sujeito de relações patrimoniais (inerência, constância, unicidade, indivisibilidade, inseparabilidade). O princípio da inerência é explicado apenas em face do patrimônio como potencialidade, no sentido de, em decorrência da personalidade, o sujeito contar com a aptidão para tornar-se efetivo sujeito de direitos e obriga-

ensinamentos de Bruno Oppetit, “os ecos da teoria do patrimônio de Aubry e Rau fazem-se sentir, ainda hoje, na doutrina francesa, e provocam sérias dificuldades”³²⁹ ao abandono da visão patrimonialista de pessoa humana e à adoção de uma concepção consistente sobre os direitos da personalidade.

2.3.2 Personalidade jurídica

Pela construção materializada na Teoria da Relação Jurídica, Savigny criou não apenas uma distinção e afastamento entre o mundo real e jurídico, mas, igualmente, por força dessa, uma aproximação e interdependência entre os conceitos de pessoa, capacidade jurídica e sujeito de direito, que diretamente repercutiram na concepção oitocentista de personalidade.

Segundo o pensamento lógico-dedutivo gerenciado pela noção maior de relação jurídica, a noção de personalidade, no século XVIII, foi formulada como conceito jurídico e formal, no sentido de ser atributo da pessoa por investidura

ções patrimoniais. O princípio da constância, da mesma forma, somente pode ser explicado em face da capacidade patrimonial, no sentido de estar sempre ligado ao sujeito de direito, pois o “patrimônio varia, sem prejuízo da identidade do titular, sempre que a sua composição seja alterada pelo ingresso de elementos novos ou pela saída ou extinção de quaisquer elementos preexistentes” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica, 1997, p. 213). Quanto à unicidade e à indivisibilidade, são afastadas pelo fato da pessoa poder ser titular de patrimônios separados e do patrimônio poder ser fracionado por quotas ideais. A inseparabilidade, por sua vez, decai como atributo do patrimônio por não poder ser descartada a sua alienação integral, exceto nos casos de bens inalienáveis, excepcionais dentro do todo. Por fim, quanto ao patrimônio constituir universalidade de direito, é afastada pela sua concepção efetiva como uma pluralidade atomística de elementos patrimoniais, não erigida em unidade abstrata e individualizada apenas pela comum pertinência de todos elementos a um mesmo titular (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica, 1997, p. 216). Dessa forma, enquanto a capacidade patrimonial é o patrimônio em potência, o patrimônio é a capacidade patrimonial em acto. Essa distinção entre essas noções fundamentais, contudo, não era tão presente aos juristas franceses em geral, e continua a não ser ainda hoje.

³²⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 12, nota 8.

do direito. “Pessoa não seria o ser humano dotado de razão, mas simplesmente o sujeito de direito criado pelo direito objetivo”³³⁰.

Traduzida a relação jurídica como um fato social juridicamente regulado, seria integrada não por qualquer pessoa humana e não essencialmente por uma pessoa humana, mas apenas por aqueles sujeitos que, pela atribuição de capacidade jurídica, as normas jurídicas reconhecessem como *entes* aptos a titularizar direitos subjetivos³³¹, ou seja, como entes aptos a se posicionar como sujeito de direito.

Andrade, ao doutrinar sobre os sujeitos da relação jurídica segundo a influência dessa doutrina tradicional, ressalta a relação de dependência entre as noções de pessoa, personalidade jurídica e sujeito de direito, afirmando que “sujeito de direito e pessoa em sentido jurídico são de toda a mesma coisa” e que a personalidade ou subjectividade jurídica é a “qualidade de pessoa ou sujeito de direito.”³³² Na sua explanação, renova os ensinamentos de Savigny equiparando a sua noção de personalidade jurídica à noção oitocentista de capacidade jurídica, afirmando-as como conceitos idênticos emoldurados, segundo posição estática³³³, na “possibilidade ou susceptibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações (...), ou seja, de relações jurídicas”³³⁴, e afirmando que a personalidade

³³⁰ (AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, p. 219). Amaral aduz que, se no direito moderno a personalidade surge como projeção da natureza humana, a doutrina apresentou-a segundo duas concepções: a naturalista, pela qual “todos os indivíduos têm personalidade, considerada inerente à condição humana como atributo essencial do ser humano, dotado de vontade, liberdade e razão”, e a formal, própria da ciência jurídica positivista, pela qual “a personalidade é atribuição ou investidura do direito” (Direito Civil: introdução, p. 219).

³³¹ Essa distinção explica, por um lado, os institutos da escravidão e da *capitis deminutio* no Direito Romano, nos quais as pessoas humanas não eram reconhecidas como sujeitos de direito, mas como objeto de relações jurídicas. E, por outro, o instituto da pessoa jurídica que, embora uma ficção estranha à pessoa natural, é normativamente reconhecida como sujeito de direito.

³³² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 30.

³³³ Nesse ponto Andrade diferencia a capacidade de gozo da capacidade de exercício ou de agir, pois esta seria a suscetibilidade de utilizar ou desenvolver aquela só por si ou mediante procurador; ou seja, de pô-la em movimento, em atividade dinâmica (Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 31).

³³⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 30. Andrade remete à definição de personalidade por Ferrara, como “a abstracta possibilidade de receber os efeitos da ordem jurídica”; ou ainda a idoneidade ou aptidão para ser centro de im-

jurídica (e, portanto, a pessoa em sentido jurídico, ou o sujeito de direito) é qualidade jurídica que “só o Direito a pode conceder”.³³⁵

Dessa forma, para a doutrina tradicional oitocentista, a noção de personalidade foi identificada com a noção de capacidade de direito, de maneira que aquela só existia quando existisse esta, e em função desta; isto é, quando a pessoa fosse investida, normativamente, de capacidade jurídica e, assim, da qualidade de sujeito de direito, tornando-se um “centro de imputação de direitos e deveres”.³³⁶

A capacidade de direito, à qual era vinculada a condição de sujeito de direito, portanto, considerando a formalidade da sua concepção e a natureza limitada do objeto da relação jurídica, foi categoria técnico-jurídica criada pelo direito privado alemão para proteger a pessoa apenas “enquanto ente dotado de patrimônio”, ou seja, como ente que, na sua relação com o mundo exterior, estivesse apto a adquirir direitos patrimoniais, atuando em convergência com os ditames do liberalismo econômico pregado pelo modo de produção capitalista.

A concepção savignyana sobre a pessoa humana, a capacidade jurídica e o sujeito de direito teve graves repercussões para a teoria geral do Direito civil oitocentista. Se o partícipe da relação jurídica não é a pessoa e sim o sujeito de direito, que é a pessoa, humana ou jurídica, dotada de capacidade jurídica, o que é efetivamente relevante, para o Direito, não é o estudo das pessoas, e sim da capacidade jurídica, do poder jurídico (*vermögen*) que estas podem exercer sobre o mundo exterior, adquirindo direitos. Conseqüentemente, é possível afirmar que o que subjaz à idéia de sujeito de direito é antes a capacidade jurídica do que a pessoa.

No exercício de sua capacidade jurídica, a pessoa exerce sobre objetos do mundo exterior, formando uma universalidade de direitos, que nada mais são do que a sua *vermögen*, o seu âmbito de exercício de poderes jurídicos sobre coisas, ou seja, patrimônio. Daí ser possível afirmar que o sujeito de direito é antes um patrimônio do que uma pessoa. Para o Direito Civil, portanto, a pessoa humana apenas é relevante enquanto ente dotado de patrimônio, abrindo-se caminho à subsunção da idéia de pessoa, enquanto categoria jurídica, naquela de patrimônio.³³⁷

putação de efeitos jurídicos (constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas) (Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 30).

³³⁵ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. 1997, p. 20.

³³⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 231.

³³⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 22.

Essa sistematização científica e jurídica polarizada pela Teoria da Relação Jurídica, portanto, impôs ao Direito Civil alemão o interesse exclusivo pela pessoa como sujeito de direito, ou seja, como sujeito com aptidão para adquirir direitos patrimoniais exercitáveis sobre as coisas ou sobre outros sujeitos.

Construindo, a partir de Savigny e de Aubry e Rau, a idéia de pessoa como ente ao qual se atribui um poder jurídico de atuação sobre bens e, portanto, apto a adquirir direitos subjetivos que são sempre patrimoniais, ou seja, dotado de capacidade jurídica como meio para a formação de um patrimônio, a doutrina oitocentista operou uma autêntica redução da idéia de pessoa humana à de ente patrimonial, trazendo, como consequência, a construção da noção de que, ao Direito Civil, interessam apenas os aspectos patrimoniais da pessoa humana.³³⁸

Estabeleceu-se, nessa moldura, em definitivo, pela cumulação das noções de capacidade jurídica e de patrimônio, por um lado, a desumanização do conceito jurídico de pessoa, com o que esta passou a ser visualizada exclusivamente pela sua ordem patrimonial, e, por outro lado, a juridicidade do conceito de personalidade, dando sustentação a uma visão exclusivamente patrimonialista da relação jurídica e, mais especificamente, da sua estrutura interna e externa - direito subjetivo, sujeito de direito e objeto³³⁹ -, findando por negar-se a própria existência dos direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos.

a) Igualdade e liberdade jurídico-formais

Se através da Teoria da Relação Jurídica e da construção dogmática da categoria do sujeito de direito buscou-se estabelecer, juridicamente, a igualdade revolucionária sustentada pelo liberalismo capitalista, na realidade essa igualda-

³³⁸ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 12.

³³⁹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional, p. 153 e ss.

de foi estabelecida apenas formalmente, no sentido de a todos os sujeitos de direito ser atribuída a mesma capacidade de direito (patrimonial, familiar, sucessória e negocial), sendo igualmente posicionados frente a um mesmo comando jurídico. Segundo Sousa, as classes sociais triunfantes das revoluções liberais

(...) lograram remeter o individualismo e o liberalismo, fundamentalmente, para o mero exercício da função económica de tipo capitalista, o que lhes legitimava a livre iniciativa económica e fórmulas de propriedade privada quase ilimitada. Os estatutos jurídicos das pessoas conheceram, é certo, um nivelamento em termos de capacidade jurídica, mas não se assistiu concomitantemente com a gestação de direitos subjetivos à fruição efectiva de bens sociais, que, significativamente, visassem a consecução dos objectivos igualitaristas das revoluções liberais³⁴⁰.

A capacidade jurídica - aptidão à aquisição dos respectivos direitos patrimoniais - era considerada como que comumente concedida a todos abstratamente considerados pela norma (geral e abstrata) isonomicamente aplicável³⁴¹, com a desconsideração (não supressão) das diferenças reais de religião, de saber, de classe, de riqueza e de região (direito nacional), por se pressupor que todos eram iguais perante a lei, contando com idêntica razão ao desenvolvimento das habilidades essenciais à definitiva implantação e desenvolvimento do capitalismo.

Pela categoria do sujeito de direito, ou seja, do “sujeito abstrato do liberalismo económico, que fundamentou o direito civil no século XIX, dos códigos civis francês e alemão, (...)”³⁴², portanto, fez-se encontrar a igualdade científica e a igualdade jurídica, no sentido de a pessoa humana ser elevada a uma condição de igualdade pelo seu reconhecimento jurídico isonómico segundo a roupagem universal do sujeito de direito. Conseqüentemente, possibilitavam-se a implantação e aplicação de um direito único materializado na codificação civil e dirigido a um sujeito único.

³⁴⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 70.

³⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 1999, p.169.

³⁴² AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, 2003, p. 169.

Por outro lado, se pelo conteúdo estático do direito subjetivo procurou-se garantir aos sujeitos da relação jurídica a autonomia reclamada pelo liberalismo político e econômico, essa liberdade de ação foi igualmente assegurada apenas formalmente, no sentido de atribuir-se àqueles sujeitos o poder de autodeterminação não com relação ao desenvolvimento da própria pessoa em si como ser racional, mas apenas com relação ao desenvolvimento da própria capacidade patrimonial com a qual se confundia a noção de pessoa, ou seja, ao exercício da capacidade de direito vinculada aos direitos adquiridos patrimoniais.

Ao sujeito de direito, se era afiançada a faculdade de decidir ou agir segundo a própria determinação pela atribuição do poder materializador do direito subjetivo, essa autodeterminação era limitada à decisão e à ação de celebrar as relações jurídicas patrimoniais especificamente previstas na codificação civil, ou seja, a conclusão de relações contratuais típicas, a aquisição de propriedade, a constituição de relações familiares pelo casamento e a sucessão hereditária por vínculo familiar ou manifestação testamentária.

A liberdade do sujeito de direito, portanto, era circunscrita a uma esfera marcada por fórmulas preestabelecidas, que admitia a “criação autônoma” exclusivamente nas limitadas questões regulamentadas por normas dispositivas cuja incidência podia ser afastada, excepcionalmente, por disposição contratual em contrário. O sujeito abstrato do liberalismo econômico, dessa forma, era livre para decidir quando contratar, com quem contratar e, naquelas condições passíveis de regulamentação privada, como contratar, sem que nessa seara pudesse sofrer a ingerência do Estado Liberal, mas não livre para, segundo a tutela jurídica do Estado, desenvolver-se autonomamente como ser humano e na sua individualidade.

Assim, a simplificação e a estabilidade que determinaram a busca por normas genéricas e abstratas que permitissem a construção de um conjunto sistematizado piramidalmente por categorias universais, se permitiram a desconstituição daqueles conjuntos pulverizados do Medievo e da Antiguidade e o afastamento daquelas normas particularizadas asseguradoras de privilégios e autoritarismos, paradoxalmente, através da Teoria da Relação Jurídica e dos para-

digmas segundo a mesma construídos, determinaram um indesejado afastamento entre a esfera jurídica e a da realidade concreta, engessando aquela a apenas determinadas situações vivenciadas nessa, e segundo uma roupagem nem sempre correspondente ao modelo dessas. Assim, desconsideravam as circunstâncias do caso concreto quando não integrativas de um suporte fático dogmaticamente estabelecido e, portanto, quando não reconhecidas como relevantes no raciocínio subsuntivo submetido à lógica formal.

CAPÍTULO 3 - DIREITO BRASILEIRO: O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Analisadas as idéias de pessoa humana, capacidade jurídica e sujeito de direito no âmbito da Teoria da Relação Jurídica, vértice da construção de todo sistema jurídico alemão e, por consequência, do direito privado em geral, é necessário enfocar a concepção científica e juridicamente adotada pelo Direito Civil brasileiro com relação às mesmas categorias, analisando-as frente à primeira codificação civil³⁴³ que deu início à estruturação do direito privado brasileiro, de maneira a identificar a noção segundo a qual a pessoa foi recebida no nosso sistema jurídico e se houve reconhecimento dos direitos da personalidade como espécies de direitos subjetivos.

O estudo do posicionamento da pessoa humana perante a primeira codificação civil brasileira e do próprio reconhecimento jurídico dos direitos da personalidade no sistema jurídico brasileiro exige a análise do pensamento de dois autores fundamentais: primeiro, Augusto Teixeira de Freitas, que, embora não tenha tido participação direta na codificação de 1916, por seus ensinamentos doutrinários e pelo trabalho de sistematização desenvolvido, em 1855, na Consolidação das Leis Cíveis, e, em 1968, no Esboço de Código Civil, foi a “fonte para todas as iniciativas posteriores”³⁴⁴, pois elaborados com a finalidade de proje-

³⁴³ Explica-se a abordagem do direito brasileiro já segundo o enfoque da codificação civil de 1916, em razão de, previamente a essa, entre outros, prevalecerem as Ordenações portuguesas, cujo conteúdo relativamente à pessoa humana e instrumento de proteção à personalidade humana são originários do direito romano, segundo as construções dos juristas da Idade Média, de maneira que “não trouxeram alterações significativas no que tange à tutela do direito geral de personalidade, mantendo-se a proteção da personalidade humana nos moldes da *actio iniuriarum*” (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 35).

³⁴⁴ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 29. O Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas é reconhecido doutrinariamente como o marco inicial do processo de codificação civil brasileira, sendo apontado como fonte material dos projetos posteriores, inclusive do que originou o Código Civil de 1916 (Projeto Nabuco de Araújo – 1879; Projeto Felício dos Santos – 1881; Projeto Coelho Rodrigues – 1893; Projeto Clóvis Bevilacqua – 1899) (CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 29, nota 51). Bevilacqua refere-se ao projeto de Nabuco de Araújo segundo o ano de 1878, coincidente com o da sua morte; e identifica como Apontamentos ao Governo, o nome do projeto de Felício dos Santos (BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 16).

tar a codificação; segundo, Clovis Bevilacqua, por ser o autor do projeto da primeira codificação promulgada em 1916 e que se manteve vigente por quase um século, servindo de base à estruturação de todo o direito civil brasileiro no curso do século XX.

3.1 AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

Teixeira de Freitas foi o grande responsável pelo início do processo de sistematização do Direito Civil brasileiro³⁴⁵, na sua época formado por normas fragmentadas entre as Ordenações portuguesas (vigentes por disposição da Carta de Lei de 20.10.1823)³⁴⁶, a Lei de Terras, o Código Comercial e outros inúmeros diplomas promulgados posteriormente à Declaração da Independência.

Em 15 de fevereiro de 1855, foi contratado pelo governo imperial para proceder ao agrupamento ordenado das leis civis brasileiras, na forma de uma “consolidação do direito privado commum em vigor”³⁴⁷, como um trabalho prepa-

³⁴⁵ Bevilacqua, após transcrever parte da Exposição redigida pelo Ministro da Justiça Epitácio Pessoa, ao encaminhar o Projeto de Código Civil elaborado por aquele ao Presidente da República, corroborando as palavras do ministro, afirmou “(...) a codificação das leis civis nos consumiu sessenta annos de trabalho, que tantos vão de 1855, época do início da Consolidação, até 1915, ou cincoenta e quatro, se descontarmos os annos, de 1886 a 1889 e 1896 a 1899, em que houve dous curtos períodos de remissão. (...)”. (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 32).

³⁴⁶ (...) proclamada a independência, em 1822, já, no ano seguyinte, a lei de 20 de Outubro de 1823, mandando vigorar, no Imperio, as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal, até 25 de Abril de 1821, lhes dava uma autoridade provisória: enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem, especialmente, alteradas (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 9-10).

³⁴⁷ “Art. 179, n. XVIII: Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 10).

ratório à codificação civil cuja elaboração havia sido determinada no art. 179, n. XVIII, da Constituição do Império de 1824³⁴⁸.

Segundo Bevilacqua, a necessidade de uma codificação civil foi sentida no Brasil pelas mesmas condições gerais que determinaram o processo de codificação noutros países, uma vez que, no direito nacional, as leis igualmente se apresentavam “dispersas, desconexas e antiquadas”³⁴⁹. Contudo, a codificação civil também foi determinada por condições próprias do ordenamento brasileiro, especialmente a sua “base mal construída”³⁵⁰ nas “Ordenações do reino, já revogadas no paiz de sua origem, e a respeito das quaes dizia Teixeira de Freitas serem *pobrissimas* e reclamarem *copioso suplemento*”³⁵¹, e o acúmulo em três séculos de independência política, de leis extravagantes “promulgadas segundo a pressão de necessidades diversas obedecendo a impulsos diferentes, e consagrando preceitos divergentes”³⁵².

O agrupamento das normas jurídicas brasileiras, dessa forma, num primeiro momento, foi realizado por Teixeira de Freitas segundo o enfoque de uma sistematização externa, despreocupada com o alcance de uma unidade e o estabelecimento de nexos internos entre as normas, ao espelho daquela ordena-

³⁴⁸ “Art. 179, n. XVIII: Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 10).

³⁴⁹ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 59.

³⁵⁰ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 10.

³⁵¹ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 10. Teixeira de Freitas, ao afirmar a dificuldade do trabalho que lhe era confiado, ressaltando a incerteza e heterogeneidade da legislação objeto daquele, afirmava: “Nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputássemos o corpo das ordenações Filipinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e successões, estaríamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem acumulado no decurso de mais de dois séculos e meio. Também não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse á colligir e ordenar o Direito Pátrio. Aquellas Ordenações, que são pobríssimas, reclamam copioso suplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados, ou por fugirem á maior trabalho, reportarão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisarão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores” (FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, 1876, p. XXXII).

³⁵² BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 11. “Era forçoso sahir desse emaranhado cipoal, que mais servia para desenvolver o espirito de chicanagem do que para resguardar as possibilidades juridicas” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 11).

ção realizada pela escola do *usus modernus pandectarum* no período da primeira sistemática (item 1.3.2., 'a'). O trabalho assumiu a forma da Consolidação das Leis Civis, sendo definido pelo próprio autor como “um trabalho de simplificação, que, destinado á grande obra do Codigo Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisória”³⁵³.

Considerando esse objetivo principal de simplificação à futura codificação, a atenção de Teixeira de Freitas centrou-se, inicialmente, na descoberta e no desenvolvimento de um método que permitisse atingir a classificação das leis civis pela descoberta dos “verdadeiros limites da Legislação Civil”³⁵⁴ e pela identificação das leis civis ainda em vigor³⁵⁵. Esse método, segundo ele, ainda era desconhecido cientificamente e não era encontrado no Código Civil francês – paradigma da codificação no seu tempo.

Essa descoberta foi oportunizada pelos ensinamentos de Savigny, pelos quais Teixeira de Freitas conseguiu alcançar a essencial “delimitação precisa do objeto e dos limites do Direito Civil”³⁵⁶ e, assim, construir o sistema jurídico representativo do Direito Civil brasileiro, sobre o qual estruturou a sua segunda grande obra - o Esboço de Código Civil em 1868³⁵⁷ -, realizada também por for-

³⁵³ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, 1876, p. XXIX.

³⁵⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, 1876, p. XXIX.

³⁵⁵ Segundo Teixeira de Freitas, “A legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação moldada para uma Monarchia absoluta, segundo o predomínio de outras idéas, deve em muitos casos repugnar ás condições do systema representativo. Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessaria revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? Quantas outras não se achão inutilizadas, ou modificadas, só por effeito das leis novas? A força do habito, entretando, as tem perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revogatorias.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, 1876, p. XXXIII). Em demonstração da incompatibilidade das normas ordinárias frente aos normativos constitucionais, o jurista brasileiro exemplifica: “Para cessar a odiosa differença nos direitos de sucção hereditária entre filhos de homem nobre e peão, não bastou que a Const. abolisse os privilégios, e proclamasse a igualdade perante a lei (Art. 179 §§13 e 16); foi necessário, que sobreviesse a disposição expressa do Art. 1º do Decr. N. 463 de 2 de Setembro de 1847” (FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, 1876, p. XXXIII, nota 4).

³⁵⁶ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 33.

³⁵⁷ A referência a essa obra no curso do trabalho será limitada ao nominativo Esboço, como forma de evitar tautologias cansativas ao leitor, como a repetida menção da expressão “código civil”.

ça de contratação com o governo brasileiro³⁵⁸ em janeiro de 1859, tendo por objeto a elaboração do próprio projeto do futuro Código Civil brasileiro.

Baseado na Teoria da Relação Jurídica (item 2.2) e, especificamente, na pressuposição de que todos os direitos subjetivos são originários de um fato jurídico, têm como titular um sujeito e têm por objeto uma coisa ou a vontade de outra pessoa, distinguindo-se em direitos pessoais e direitos reais, Teixeira de Freitas ordenou a distribuição das normas civis num “Código composto de uma Parte Geral – Dos elementos dos direitos -, subdividida em três capítulos, versando sobre as pessoas, as coisas e os fatos; e uma Parte Especial – Dos direitos -, subdividida em dois capítulos, dispondo sobre os direitos pessoais e os direitos reais”³⁵⁹.

3.1.1 Humanização

A posição central da pirâmide do seu sistema jurídico civil foi atribuída à pessoa, que, como elemento da relação jurídica, ingressou no mundo jurídico de Teixeira de Freitas pelo conceito normativo materializado no art. 16 do Esboço (“Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas”). Nesse conceito de pessoa, compreendia os homens em geral na categoria das pessoas “de existência visível”, e as entidades em geral na categoria das pessoas de “e-

³⁵⁸ Nabuco de Araújo, como Ministro da Justiça, em 10 de janeiro de 1859 contratou Teixeira de Freitas para o preparo do Projeto de Código Civil, ajustando a sua entrega até 31 de Dezembro de 1861, prazo esse posteriormente prorrogado para 30 de junho de 1864 (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 9-10).

³⁵⁹ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 33. Segundo Bevilacqua, além desses dois capítulos que estruturavam a Parte Especial do Esboço do Código Civil, Teixeira de Freitas ainda incluiu um terceiro capítulo nominado “Disposições comuns aos direitos reais e pessoas”, no qual abordava toda a matéria relativa a herança, concurso de credores e prescrição (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 14).

xistência tão-somente ideal”³⁶⁰; logo, por eliminação, também definia a coisa objeto dos direitos subjetivos (“tudo, que se distingue da pessoa”³⁶¹).

Nessa definição normativa de pessoa, contudo, apesar de apoiar o seu sistema jurídico nas construções teóricas de Savigny, Teixeira de Freitas afastou-se da concepção naturalística³⁶² pela qual o jurista alemão equiparava o termo “pessoa” ao conceito de homem e, igualmente, da própria categoria do sujeito de direito pela qual o mesmo jurista sustentava o conceito de capacidade de direito (item 2.2.2).

Para Teixeira de Freitas, a noção de *pessoa de direito*, como pessoa que recebia do ordenamento jurídico civil a aptidão à aquisição de direitos, aproximava-se da noção do sujeito de direito, ao qual Savigny atribuiu a condição de titular de direitos subjetivos. Não obstante, pressupondo que toda pessoa humana tinha aptidão para titularizar direitos subjetivos, o jurista brasileiro imputou a toda pessoa a característica da personalidade, no sentido de genericamente gozar dessa aptidão, e relativizou o seu exercício pela limitação imposta pela capacidade de direito, que determinaria a “impossibilidade de aquisição de direitos específicos”³⁶³.

³⁶⁰ Segundo Teixeira de Freitas, somente a idéia de ente poderia “traduzir a síntese da existência das pessoas” (CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 40), considerando que, se todos homens são pessoas, nem todas pessoas são homens, pois compreensivas também daquelas entidades que, num mundo ideal e intelectual, atuavam no mundo jurídico como sujeitos titulares de direitos e obrigações, e que não eram marcados pela humanidade, como o Estado e as sociedades.

³⁶¹ Augusto Teixeira de Freitas, apud CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 34, nota 64.

³⁶² “Ao impor um conceito legislativo de pessoa, garante Teixeira de Freitas que o intérprete fique adstrito à concepção normativa de pessoa, diminuindo a probabilidade de que os operadores jurídicos venham a subverter, por meio da doutrina e da jurisprudência, um dos institutos jurídicos essenciais sobre os quais se assenta a legislação civil” (CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 35). Era medida pela qual tentava-se afastar os efeitos deletérios do fenômeno da praxística, correspondente à “aplicação do Direito a partir dos comentadores e compiladores dos usos e costumes forenses, também denominados de praxes” (CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 35, nota 65).

³⁶³ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 38-39.

Dessa forma, se para Savigny a capacidade de direito era a “nota distintiva entre os entes que podiam e os que não podiam ser sujeitos de direitos”³⁶⁴, para Teixeira de Freitas correspondia, na definição contida no art. 21 do Esboço, apenas ao “grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos”³⁶⁵.

Se para Savigny nem todo homem ou pessoa seria sujeito de direito, para Teixeira de Freitas todo o homem seria pessoa, sendo-lhe inerente o atributo da personalidade, tendo na humanidade, não na capacidade de direito, a nota característica do seu ingresso no mundo jurídico. Tanto é assim que, ao definir as suas pessoas de existência visível no art. 35 do Esboço, Teixeira de Freitas apresentou-as como “todos os entes, que apresentarem sinais característicos da humanidade, sem distinção de qualidades ou acidentes, (...)”³⁶⁶. Assim compreendia Teixeira de Freitas por entender que “as leis são feitas para o homem, e não o homem para as leis”, “o homem é o ente inteligente e livre, não uma tabula rasa em que o legislador construiu codificações arbitrárias”³⁶⁷.

Diante disso, ao construir o seu sistema jurídico, Teixeira de Freitas “não desloca o eixo das preocupações sobre a pessoa humana à capacidade de direito”³⁶⁸, procurando manter o ser humano como centro da ordem jurídica, fazendo do humanismo e da sociabilidade a marca do seu pensamento. O jurista brasileiro, se encontrou inspiração no pensamento savignyano para a escolha do seu método de classificação das leis civis brasileiras (definição do objeto e limites do Direito Civil), ao construir as categorias embasadoras do seu sistema jurídico, afastou-se do individualismo kantiano sobre o qual Savigny idealizara o seu sistema e procurou alcançar uma humanização do Direito tomando por base o krausismo, corrente jusfilosófica alemã fundada por Karl Friederich Krause, do qual se tornou conhecedor e seguidor especialmente pela obra de Heinrich A-

³⁶⁴ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 37.

³⁶⁵ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 37.

³⁶⁶ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 41; SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 64.

³⁶⁷ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 40.

³⁶⁸ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 41.

hrens³⁶⁹, segundo o qual o “direito tem a sua base na necessidade de desenvolvimento do homem (...)”³⁷⁰.

Segundo o pensamento de Teixeira de Freitas, dessa forma, o Direito Civil brasileiro, para além do caráter patrimonial, deveria voltar-se à dimensão existencial da pessoa humana.

3.1.2 Direitos patrimoniais

Diversamente de Ahrens, segundo o qual esse Direito humanista deveria preocupar-se em regular os direitos originários da natureza do homem e da humanidade (direito à vida, integridade e saúde espiritual e física, dignidade e honra, igualdade, liberdade, assistência, sociabilidade e associação³⁷¹), Teixeira de Freitas não incluiu esses direitos de natureza extrapatrimonial na sua “codificação civil”, por compreendê-los como estranhos à estrutura do sistema em razão de escaparem do objeto e dos limites da codificação civil, que, como referido a Seabra, em duras críticas ao seu projeto de Código Civil português, circunscrevia-se a ordenar os direitos subjetivos pessoais e os direitos subjetivos reais.

No processo de classificação dos direitos subjetivos, numa primeira etapa, Teixeira de Freitas dividia-os em direitos absolutos e relativos, adotando co-

³⁶⁹ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 41. Segundo Cunha, no trabalho Humanismo e Realismo Jurídicos de Teixeira de Freitas, Miguel Reale atribui essa divergência de Teixeira de Freitas com o pensamento de Savigny ao embasamento teórico retirado do krausismo, conhecido pela obra de Heinrich Ahrens (CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 41).

³⁷⁰ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 43. “O homem e seu aperfeiçoamento são o fim em direção do qual devem tender todas as instituições, e que, conseqüentemente, todas as relações devem encontrar a sua regra e a sua medida no fim harmônico da vida humana. O homem é o fim, todo o resto é apenas um meio para a sua cultura: essa é a verdade que importa compreender bem e fazer valer na vida prática” (AHRENS, Heinrich, apud CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 43, nota 85).

³⁷¹ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 45.

mo critério de diferenciação não a sua origem³⁷², mas a sua compreensão dentro da relação jurídica, no sentido de aqueles corresponderem a um dever negativo genérico (nenhuma pessoa deve praticar atos que turvem o gozo do direito por parte de seu titular) e esses, a um dever positivo (determinada pessoa deve realizar uma prestação em favor do titular do direito). Sucessivamente, segundo o critério do objeto dos direitos subjetivos (semelhantemente a Savigny – item 2.3.1), subdividia os direitos absolutos em direitos da personalidade e direitos reais, tendo como norte a disposição contida no art. 179 da Constituição de 1824, relativamente ao direito à liberdade, à segurança e à propriedade, e atribuía aos direitos relativos a natureza de direitos pessoais.

Segundo o art. 19 do Esboço, os direitos pessoais corresponderiam àqueles direitos que “têm por objeto as pessoas, posto que mediatamente possam ter por objeto as coisas”, e os direitos reais, àqueles direitos que “têm por objeto imediato as coisas, posto que mediatamente tenham por objeto as pessoas”. Como traço comum, ambos teriam um objeto corpóreo e exterior à pessoa do seu titular, enquadrando-se no conceito jurídico de coisa, que, segundo Teixeira de Freitas, era tudo que se distinguia de pessoa e que era apreensível pelos sentidos, sendo, dessa forma, passível de apreciação pecuniária.³⁷³ Consequentemente, eram direitos que podiam ser adquiridos nas “relações jurídicas estabelecidas pela atuação da pessoa na vida civil, vindo a compor o patrimônio”³⁷⁴. Era imperativo, por isso, a sua inclusão na estrutura da codificação civil.

³⁷² Segundo esse critério, a Escola do Direito Natural distinguia os direitos subjetivos em direitos originários ou primitivos (resultam da natureza do homem e não dependem de ato de sua parte para a aquisição) e direitos derivados ou hipotéticos (a sua aquisição está vinculada a um ato do sujeito), atribuindo a aqueles a natureza de direitos absolutos e, a esses, de direitos relativos.

³⁷³ “Para este Projeto, não há coisas, que, no dizer de Bentham, não sejam coisas. Entende-se por coisas somente os objetos corpóreos” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil: Esboço, v. 1, p. 115, nota ao art. 317; apud CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 46-47, nota 94). Segundo Bevilacqua, “Teixeira de Freitas define coisa como “todo o objecto material susceptível de medida de valor””, recebendo apoio a essa definição limitada aos bens corpóreos no artigo 90 do Código Civil alemão (BEVILAQUA, Clovis. Theoria geral do Direito Civil, 1929, p. 208-209).

³⁷⁴ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 49.

Os direitos da personalidade, diferentemente dos direitos pessoais e dos direitos reais, tinham um objeto “incorpóreo e exteriorizável apenas por meio das idéias”³⁷⁵, que não se enquadrava no conceito jurídico de coisa especialmente pela impossibilidade de avaliação pecuniária. Logicamente, segundo a compreensão de Teixeira de Freitas, não podiam guardar a natureza de direitos civis, pois, sendo inapreciáveis, eram postos fora do tráfego jurídico, de maneira que, em que pese pudessem ser gozados pela pessoa humana, não podiam ser adquiridos em decorrência da sua atuação civil.

Assim, apesar de reconhecê-los como direitos subjetivos, Teixeira de Freitas excluiu os direitos da personalidade do sistema jurídico civil por serem estranhos à estrutura interna das relações jurídicas, que, segundo ele, eram reguladas pelo Direito Civil. A sua proteção, de acordo com o pensamento do jurista brasileiro, deveria ser garantida na legislação constitucional e na legislação penal³⁷⁶ e, excepcionalmente, apenas quando lesados e, por força dessa lesão, gerassem danos patrimoniais, patrimonializando-se, a sua proteção poderia ocorrer na esfera civil pela responsabilização pelas perdas e danos³⁷⁷.

Dessa forma, embora Teixeira de Freitas tenha mantido a pessoa humana como centro da sua ordem jurídica civil, expressando preocupação pela sua dimensão existencial, e apesar de ter reconhecido os direitos da personalidade segundo a natureza de direitos subjetivos, as suas construções teóricas não trouxeram significativos avanços na efetiva proteção da pessoa na sua existência humana, assim como na despatrimonialização do Direito Civil, cujo enfoque,

³⁷⁵ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 47.

³⁷⁶ “Se deseja-se o reconhecimento legal dos direitos individuais de personalidade, tão invioláveis como o de propriedade, é o que se tem feito, e se deve fazer, por meio de simples enunciações nas Constituições Políticas. Não haja distinção entre as relações jurídicas, já do poder público com os indivíduos, já dos indivíduos entre si; não haja distinção entre os direitos de personalidade, e os da propriedade, não se restrinja também a significação da palavra delicto; e será impossível marcar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal” (Augusto Teixeira de Freitas. Consolidação das Leis Civis, p. CVI, apud CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 49, nota 103).

³⁷⁷ “Quando os chamados direitos absolutos de personalidade entram na Legislação Civil, é com o carácter de direitos pessoais, em razão de terem sido violados” (Augusto Teixeira de Freitas, apud CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 47).

por força da “lógica proprietária”³⁷⁸, manteve-se segundo as limitações do objeto das relações jurídicas patrimoniais (reais e pessoais) e familiares. Era “um teórico a meio caminho entre a compreensão oitocentista de pessoa humana, centrada na questão patrimonial, e a contemporânea, valorizadora da dimensão existencial dessa mesma pessoa”³⁷⁹.

Todo esse trabalho de sistematização na forma codificada desenvolvido pelo jurista brasileiro, entretanto, deixou de ser recebido como projeto da futura codificação civil brasileira por força da rescisão, em 1872, do contrato celebrado com o governo brasileiro, cuja motivação esteve vinculada tanto ao desgosto do jurista frente à postura de pouco apreço adotada em face da sua obra como ao desgosto do próprio governo brasileiro perante o trabalho, que, mesmo interrompido, havia assumido proporção indevida à uma obra exclusivamente legislativa, tendo em vista a quantidade excessiva de dispositivos propostos (4908 artigos de lei) numa minuciosa regulamentação da vida social³⁸⁰ e a proposta do autor de unificar o direito privado em seus dois ramos: o direito civil e o direito comercial³⁸¹.

³⁷⁸ Cunha faz uso desse termo dizendo tratar-se de expressão que Davide Messinetti utilizou na obra *Personalità (diritti della)*, p. 356 a 367, “para designar a compreensão patrimonialista dos direitos da personalidade, associando a dimensão existencial da pessoa humana aos princípios norteadores do direito de propriedade” (CUNHA, Alexandre Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 57, nota 123).

³⁷⁹ CUNHA, Alexandre Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 50-51.

³⁸⁰ As razões do governo brasileiro à rescisão desse contrato “constam do aviso de 18 de Novembro de 1872: “Não podendo o Governo Imperial acceitar o plano proposto por V. S. (TEIXEIRA DE FREITAS), em sua representação de 20 de Setembro de 1867, para a organização de dois codigos, um geral e outro especial, tem considerado rescindido, como também a V. S. parece, em sua declaração de 8 do corrente, o contracto de 10 de Janeiro de 1859, que com V. S. celebrara, para a redacção do projeto do Código Civil do Imperio, já pelo tempo decorrido, já porque V. S. declarou, na sua mencionada representação, que, pela desarmonia profunda enter o seu pensamento e as vistas do Governo Imperial, julga-se inhabilitado para redigir aquelle Projecto” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 5).

³⁸¹ No ofício endereçado ao governo brasileiro em 20 de Setembro de 1867, Teixeira de Freitas propôs não apenas a simples unificação do direito privado, por considerar “arbitraria a separação das leis, a que se deu o nome de direito commercial” (apud BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 70), mas a elaboração de dois códigos, única forma, segundo ele, “de alcançar a unidade da legislação e extremar os verdadeiros limites da codificação civil” (apud BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 70). Num primeiro código - Geral, seria resguardada a unificação do direito público e do direito privado, trazendo a síntese dos princípios comuns do direito pelo tratamento das

3.2 CLOVIS BEVILAQUA

Se Teixeira de Freitas foi o responsável pelo desencadeamento do processo de sistematização do Direito Civil brasileiro, o jurista Clóvis Bevilacqua foi o autor do projeto da codificação civil brasileira promulgada em 1916, cuja promulgação, nas palavras do então ministro interino da Justiça, Marcondes Filho, ao tempo do seu falecimento em 1844, foi “quem ensinou e orientou, durante trinta anos, as gerações de juristas brasileiros. Ele simboliza uma grande época da nossa cultura. Outras virão certamente. Mas a figura do velho mestre será inesquecível”³⁸².

Em 25 de janeiro de 1899, ao ser convidado por Epitácio Pessoa para elaborar o projeto do Código Civil brasileiro, cujo trabalho finalizou em 1916 após mais de dezesseis anos de discussões³⁸³, Clovis Bevilacqua já dispunha de todo o inovador lineamento teórico traçado no século dezenove pelos juristas pandectistas tardios – especialmente Otto von Gierke sobre a pessoa humana em sua dimensão existencial e os direitos da personalidade. Dessa forma, ao elaborar o projeto do qual resultou o “penúltimo Código do século XIX”, podia ter alcançado “uma obra legislativa deveras distante do patrimonialismo que caracteriza o Código que construiu”³⁸⁴, no qual a pessoa humana ainda foi disciplinada segundo a concepção oitocentista³⁸⁵ do sujeito apto a patrimonializar direitos

causas jurídicas (pessoas, bens e fatos); num segundo código - Civil, seria resguardada a unificação do direito civil e do direito comercial, alcançando a síntese dos princípios comuns da ambos os ramos de direito pelo tratamento dos efeitos jurídicos (efeitos civis; direitos pessoais e direitos reais) (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 70).

³⁸² Correio do Povo, Folha Matutina, edição de 27.07.1944, notícia “Faleceu ontem o eminente jurista Clóvis Bevilacqua”. Em 1906, Clovis Bevilacqua foi nomeado consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, cargo no qual se manteve até 1934 (Anexo 1).

³⁸³ O trabalho de Bevilacqua teve início nos primeiros do mês de abril de 1899 e foi ultimado no mês de outubro do mesmo ano. Os dezesseis anos que medearam até a sua publicação, foram dedicados à análise, discussão e remodelação por jurisconsultos individualizados e na forma de comissões revisoras (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 21-59).

³⁸⁴ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 51.

³⁸⁵ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 51.

e deveres, confundindo-se a noção de personalidade com a noção de capacidade de direito e negando o reconhecimento jurídico da existência de direitos sobre a própria pessoa.

3.2.1 Sistematização

Bevilaqua foi tributário confesso do pensamento de Teixeira de Freitas³⁸⁶ e, direta e indiretamente (pelo pensamento de Teixeira de Freitas), das construções teóricas de Savigny³⁸⁷, tendo tomado os seus ensinamentos como fonte para a fixação do objeto e limites do projeto da Codificação Civil brasileira e, conseqüentemente, do próprio Direito Civil brasileiro³⁸⁸.

³⁸⁶ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 52, nota 110. Clovis Bevilacqua refere-se à obra *Consolidação das leis civis*, de 1858, como uma das “mais estimadas obras jurídicas do Brasil, e constitui um verdadeiro monumento de erudição e capacidade organizadora” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 12, nota 6). Da mesma forma, ao tratar da impropriedade do *Esboço de Código Civil* como obra legislativa, apontou a excelência do autor como cientista, nas seguintes palavras: “Apreciado, mesmo na sua forma de *Esboço*, que não era ainda a definitiva, no pensamento do jurista, é um edifício de grandes proporções (4.908 artigos) e de extraordinária solidez, talhado, na rocha viva dos bons princípios, pela mão vigorosa de um artista superior, e, ao mesmo tempo, recortado, internamente, por excessivas minúcias, que, talvez, desaparecessem, quando o autor retirasse da obra os andaimes, que ali puzera, enquanto lhe erguia as altas muralhas. A análise, a decomposição dos princípios, foi conduzida com admirável vigor e segurança; mas, procurando traduzir as relações de direito civil, em todas as suas infinitas variedades, por um preceito legal, foi mais longe do que convinha a uma obra legislativa. Dahi a dispersão, que demorou a obra, e, afinal, para o fim imediatamente almejado, uma tão grande somma de esforço. É uma pagina dolorosa, a mais dolorosa da historia intellectual da jurisprudencia brasileira, essa, em que o sábio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com a heróica abnegação de um estóico, ao que elle julgava a verdade scientifica. Mas, se o *Esboço* não poudé ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudência pátria, como a sua produção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéas” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 13-14).

³⁸⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 62, nota 97.

³⁸⁸ Bevilacqua também é confesso quanto a ter aproveitado na elaboração do seu Projeto, segundo as suas palavras, tanto quanto possível e sem prejuízo das suas próprias idéias, o Projeto anteriormente elaborado pelo Dr. Coelho Rodrigues, “cujos méritos se deixavam perceber, depois que passara a onda subversiva da critica inclemente e, até certo ponto, incompetente, que o declarara imprestável” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 20).

Segundo Bevilaqua³⁸⁹, a distinção entre o direito público e o direito privado, realizada por Ulpiano já no Digesto, reproduzida nas Institutas e seguida por Savigny, era de fundamental importância à teoria do direito e à prática legislativa e forense, por ser o critério ao alcance da sistematização das matérias segundo seus princípios particulares e, igualmente, à delimitação do seu objeto específico, uma vez que “as relações, em que o Estado toma parte, são disciplinadas pelo direito publico; [enquanto] são objecto do direito privado as que se travam entre indivíduos³⁹⁰. Segundo Bevilaqua:

O primeiro [direito público] considera as nações como unidades jurídicas em suas relações internacionais (direito publico internacional), a organização e funcionamento do Estado (direito constitucional e administrativo), o aparelho defensivo da ordem jurídica segundo a direcção do Estado (direito penal), o aparelho assecutorio da efficacia dos direitos (processo). Para elle, o homem é cidadão, membro do Estado. O segundo [direito privado], pressupondo, sem duvida, o Estado, vê, no homem, o individuo, membro da sociedade civil, e dahi a natural tendencia do direito privado moderno para eliminar toda differença entre nacionaes e estrangeiros. A actividade do Estado penetra em sua esphera, somente quando elle, com outras personificações jurídicas, despido de sua autoridade suprema, se immiscue na vida meramente social, adquirindo bens ou effectuando contractos, á similhança dos particulres,

Portanto, para Bevilaqua, o direito civil, como “direito privado comum”³⁹¹, correspondia ao “complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e commum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso”³⁹², destacando-se como agrupamentos nesse complexo de normas

³⁸⁹ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 65.

³⁹⁰ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 65.

³⁹¹ BEVILAQUA, Clovis. Theoria geral do Direito Civil, 1929, p. 76. O direito privado, para Bevilaqua, era o ramo do direito “que organiza o conjuncto de relações, que constituem a vida social do homem considerado como individuo”, sendo representando essencialmente, e com ele confundindo-se, pelo direito civil, e, especialmente, pelo direito commercial (BEVILAQUA, Clovis. Theoria geral do Direito Civil, 1929, p. 76).

³⁹² BEVILAQUA, Clovis. Theoria geral do Direito Civil, 1929, p. 75. O direito privado comum, ou civil, estaria “destinado a regular as relações familiares e patrimoniaes, que se estabelecem na vida social (direito das pessoas da família, das coisas, das obrigações e das sucessões)” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 68), sendo

(...) o direito da família, o direito das cousas, o das obrigações e o das sucessões, precedidos e dominados pelas normas de carácter mais geral, referentes às pessoas e às coisas como concepções jurídicas, e aos factos que determinam a formação dos direitos na ordem civil, ou, finalmente, que se applicam a mais de um dos agrupamentos especiaes.³⁹³

Pelos elementos contidos nessa definição, embora a ela não tenha sido feita expressa menção ao elaborar o projeto da codificação civil brasileira, Bevilacqua tomou como norte para a sua sistematização e para a própria fixação do seu objeto e limites a Teoria da Relação Jurídica (item 2.2 da primeira parte) de Savigny, pressupondo, assim como Teixeira de Freitas, e também por força do pensamento deste jurista brasileiro, que todo o direito civil está voltado à regulamentação daquelas relações de direito cuja estrutura é formada externamente por direitos subjetivos e, internamente, por um fato jurídico, um sujeito particular e um objeto. Tanto é que ao expor sobre o objeto da parte geral do projeto da codificação civil brasileira, Bevilacqua³⁹⁴ explica:

A parte geral do direito civil, nos códigos e nos tratados, é destinada a expor: 1º os princípios sobre o sujeito e o objecto do direito, isto é, sobre as pessoas naturaes e jurídicas e sobre as coisas; 2º a theoria dos factos jurídicos, que são elementos propulivos do direito; 3º as matérias de applicação geral a todas as categorias de relações jurídicas ou á maioria dellas, como a prescrição; 4º tudo quanto não encontra espaço apropriado na parte especial.

A parte especial considera as relações de direito e os institutos jurídicos, que são complexos de normas sobre ellas, apresentando-as em suas feições peculiares e agrupando-as em classes: direito da família, das cousas, das obrigações, das sucessões.

As definições que Bevilacqua apresentou a esses conceitos fundamentais (direito subjetivo, sujeito do direito, coisa e fato jurídico) assemelham-se às concepções savignianas, havendo expressa remissão aos ensinamentos do jurista

por ele caracterizado como “lei reguladora dos direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 163).

³⁹³ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 75-76.

³⁹⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 77-78.

alemão como primeira referência para a compreensão do direito subjetivo enquanto categoria jurídica³⁹⁵. Para o jurista cearense, “o direito subjectivamente considerado é um poder de acção assegurado pela ordem jurídica”³⁹⁶, compreendendo, sempre, um sujeito que, como pessoa natural ou jurídica, “é o ser, a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito”³⁹⁷.

A divergência de Bevilacqua sobre o pensamento de Savigny centralizou-se sobre a concepção do sujeito do direito e a abrangência do objeto do direito subjetivo. Contudo, essas divergências acabaram se limitando ao campo do Direito como ciência pura, na medida em que, enquanto normas objetivas, a estrutura e o caráter do sistema jurídico codificado construído por ambos foram muito próximas.

3.2.2 Sujeito do direito: a pessoa segundo conceito normativo

A concepção que Bevilacqua teve do sujeito do direito³⁹⁸ e, mais especificamente, da pessoa enquanto sujeito do direito assemelhou-se àquela esboçada por Teixeira de Freitas. Como este, também compreendia a pessoa segundo uma condição normativamente atribuída a um ser e, portanto, como um elemento construído pela ordem jurídica³⁹⁹, definindo-a como “o ser, a que se atribuem

³⁹⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 62.

³⁹⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 62.

³⁹⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 64.

³⁹⁸ Bevilacqua, ao referir-se ao “sujeito do direito”, não pretendia aproximação ao “sujeito de direito” - produto da construção savigniana, referindo-se a aquele apenas como titular do direito, especialmente considerando que coloca nessa posição a pessoa, e não o sujeito de direito (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 64).

³⁹⁹ “Para Bevilacqua, assim como para Teixeira de Freitas, quem seja a pessoa não é dado, mas construído: a condição de pessoa é normativamente atribuída” (CUNHA, Alexandre Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 52).

direitos e obrigações”⁴⁰⁰; logo, como o “ente ao qual o ordenamento jurídico atribui a possibilidade de aquisição de direitos subjetivos”⁴⁰¹. A concepção de pessoa segundo Bevilacqua, portanto, assemelhou-se à figura do sujeito de direito de Savigny, afastando-se da concepção naturalística atribuída pelo jurista alemão, justificando, por conta disso, o texto contido no artigo 2º⁴⁰² do Código Civil brasileiro de 1916, no qual outorgou aos seres humanos, expressamente, a condição de pessoa.

Entretanto, diferentemente de Teixeira de Freitas, que vinculava a condição de pessoa ao atributo da personalidade originária da humanidade do seu ser, o jurista cearense construiu essa concepção normativa vinculadamente ao atributo da personalidade, mas na visão desta como capacidade de direito, afastada daquela noção humanitária. Bevilacqua entendia inexistir diferença entre capacidade de direito e personalidade jurídica, de maneira que o artigo 2º do Código Civil brasileiro de 1916 define “a personalidade, que equivale á capacidade de direito”⁴⁰³. Segundo Bevilacqua, a personalidade, num conceito jurídico, não encontrava correspondência no seu conceito psicológico, especialmente pela presença de um elemento que era determinante da sua existência, forma, extensão e força ativa, qual seja, a ordem jurídica, pela qual a personalidade jurídica era considerada uma criação social não vinculada à característica humana do titular.

Nessa roupagem jurídica, a personalidade estaria configurada na própria capacidade de direito, tratando-se de termos postos por Bevilacqua, semelhan-

⁴⁰⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 80; BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 166.

⁴⁰¹ CUNHA, Alexandre Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 52.

⁴⁰² Art. 2º. Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Segundo Bevilacqua, a expressão todo homem contida nesse dispositivo legal, compreende todos os seres da espécie humana, de maneira que a expressão todo ser humano contida ainda no projeto original era muito mais adequada (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 167).

⁴⁰³ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 167.

temente aos franceses Aubry e Rau⁴⁰⁴, como sinônimos designativos da “aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrahir obrigações”⁴⁰⁵. Bevilacqua foi bastante claro nesse sentido, fazendo uma explícita diferenciação entre o conceito jurídico e o conceito psicológico de personalidade:

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psychica, somente no sentido de que, sem esta ultima, não se poderia o homem ter elevado até à concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e o psychologico não se confundem. Certamente o individuo vê na sua personalidade jurídica a projecção de sua personalidade psychica ou, antes, um outro campo em que ella se affirma, dilatando-se e adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica, intervem um elemento, a ordem jurídica, do qual ella depende essencialmente, do qual recebe a existência, a fôrma, a extensão e a força activa. Assim a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da actividade psychica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.⁴⁰⁶

Por conta dessa concepção, Bevilacqua reconheceu o homem na ordem civil brasileira apenas como “pessoa natural”⁴⁰⁷, ou seja, como sujeito dotado de capacidade jurídica e, portanto, com aptidão a tornar-se titular de direitos e de obrigações, afastando do mundo jurídico o seu aspecto existencial como ser

⁴⁰⁴ Esses autores, segundo Cunha, até mesmo são citados por Bevilacqua como uma das referências bibliográficas ao seu comentário ao art. 2º do Código Civil brasileiro de 1916 (CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 53, nota 113).

⁴⁰⁵ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 80; BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 166. Bevilacqua também conceitua a personalidade como o “conjuncto dos direitos actuaes ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser”, num paralelo de semelhante ao “eu idêntico a si mesmo”, por ele explicado como “os diversos estados de consciencia e de subconsciencia (sensações, percepções, appetites, recordações, etc.), ligados entre si e unificados num encadeiamento de successão e coexistencia” (BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 79).

⁴⁰⁶ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 81.

⁴⁰⁷ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 83. Bevilacqua explica que a opção pela expressão “pessoa natural”, em prejuízo às “pessoas de existência visível” propostas por Teixeira de Freitas, deve-se a mostrar o “indivíduo, movendo-se na vida jurídica, tal como a natureza o criou, ao passo que as outras pessoas já são combinações ultteriores, formações sociaes, abstracções, e, em segundo lugar, allude à organização jurídica moderna, em que o individuo se destaca, nas relações de ordem privada, como elemento activo da vida social” (BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 84-85).

humano. O reconhecimento da pessoa nessa perspectiva exclusivamente patrimonial explica a opção pela concepção genético-desenvolvimentista, materializada no artigo 4º do Código Civil brasileiro de 1916, de fixar o nascimento com vida como o termo inicial da personalidade jurídica e de atribuir ao nascituro a mera condição de bem protegido em lei⁴⁰⁸, uma vez que somente após a penetração do ar nos pulmões determinar a circulação de sangue no novo organismo e o recém-nascido tornar-se um ser com existência independente do organismo materno é que estaria apto a receber a capacidade de direito, titularizando direitos e deveres distintos dos da genitora, a ponto de, vindo a falecer, haver a transmissão a outros dos direitos adquiridos com o nascimento com vida.⁴⁰⁹

Diante disso, se Teixeira de Freitas foi “um teórico a meio caminho entre a compreensão oitocentista de pessoa humana, centrada na questão patrimonial, e a contemporânea, valorizadora da dimensão existencial dessa mesma pessoa”⁴¹⁰, Clóvis Bevilacqua retrocedeu em todo avanço voltado ao reconhecimento dessa dimensão existencial e à humanização do Direito, não tendo demonstrado qualquer preocupação nem dado qualquer contribuição à despatrimonialização do Direito Civil.

O cultivo a essa patrimonialização do direito civil pode ser vislumbrado na própria natureza patrimonial dos direitos subjetivos por ele reconhecidos.

⁴⁰⁸ Assim também definiam o Código Civil alemão (art. 1º), o suíço (art. 31), o português (art. 6), o espanhol (art. 29), o mexicano (art. 22), o japonês (art. 1º), o chileno (art. 74) e o venezuelano (art. 16). (BEVILACQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 172). Bevilacqua, contudo, ressalva que o “Projecto primitivo” havia se inclinado por vincular o início da existência da personalidade humana” (BEVILACQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 173). Szaniawski, contudo, categoricamente afirma discordar “daqueles que afirmam que o Código Civil nega a personalidade natural da pessoa que já foi concebida, mas que ainda não nasceu”, por entender que uma leitura do artigo 4º do Código Civil de 1916 frente a todo sistema jurídico, “revela que os codificadores filiaram-se à teoria concepcionista, segundo a qual o concepturo, o embrião e o nascituro, são, desde a fecundação, um ser humano individualizado, distinto da mãe, possuidor de autonomia genético-biológica, tratando-se de um ser humano em desenvolvimento, sendo, por isto, uma pessoa e sujeito de direitos” (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 65-66), findando por afirmar que “a atribuição da personalidade ao embrião e ao nascituro, constituiu-se em uma questão de mera política legislativa” (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 69).

⁴⁰⁹ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 90; BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 173.

⁴¹⁰ CUNHA, Alexandre Santos. *A normatividade da pessoa humana*, 2005, p. 50-51.

3.2.3 Direitos patrimoniais

Bevilaqua distribuiu as relações de direito⁴¹¹ em duas categorias: as que atuavam diretamente sobre objetos naturais, não se estabelecendo entre pessoas, delas resultando *direitos de dominação*, e as que ligavam as pessoas entre si, delas resultando direitos impositivos de deveres diretamente às outras pessoas. Segundo Bevilaqua, foi embasado nessa “diferença fundamental entre as relações de direito, que Teixeira de Freitas propoz distribuir toda a matéria do direito civil em duas grandes classes: os direitos reaes e os pessoais”.⁴¹²

O jurista cearense, entretanto, diversamente de Teixeira de Freitas, incluiu como possível objeto do direito subjetivo⁴¹³, além das ações humanas e das coisas corpóreas, também os “modos de ser da própria pessoa na vida social (a existência, a liberdade, a honra, etc)”⁴¹⁴ e as coisas incorpóreas, na forma de “productos da intelligencia”⁴¹⁵. “Effectivamente, o direito é uma expansão da personalidade, e essa expansão, que pressuppõe sempre a ordem jurídica, ora se realiza pela apropriação de cousas da natureza, ora pelo relevo de algum de seus modos de ser ou qualidades, ora, finalmente, pela restrição imposta à actividade jurídica de outrem.”⁴¹⁶

⁴¹¹ “Relação de direito é o laço, que, segundo a garantia da ordem jurídica, submete o objecto ao sujeito” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 65).

⁴¹² BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 67.

⁴¹³ “Objecto do direito é o bem ou vantagem, sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 65), “ou o bem ou interesse segundo a protecção da ordem jurídica” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 68).

⁴¹⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 65.

⁴¹⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 65. “Os bens incorpóreos ou immateriaes podem ser objecto de direitos não somente políticos, de que não se ocupa este livro, mas ainda de direitos privados, como a vida, a honra e a liberdade (nos aspectos em que as considera o direito privado), o nome commercial, a qualidade de autor, etc.” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 218).

⁴¹⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, p. 66-67.

Inovadoramente, Bevilacqua estabeleceu uma diferença entre a noção de coisa e a noção de bem⁴¹⁷, compreendendo aquela vinculadamente ao critério da materialidade e esse numa acepção mais ampla, como tudo que guardasse utilidade frente a interesses individuais, familiares e sociais, sejam materiais sejam imateriais, como a liberdade, a honra e a vida.⁴¹⁸ “E, entre os objectos dos direitos, alguns há que são corpóreos e outros que o não são. É o que reconhece Teixeira de Freitas, quando nos diz que os objetos susceptíveis de medida de valor, ainda que não sejam materiaes, entrarão com os materiaes na classe dos bens, para formar o patrimônio das pessoas.”⁴¹⁹

Por conta disso, segundo o critério do objeto da relação jurídica, Bevilacqua acresceu à classificação que Teixeira de Freitas⁴²⁰ estabeleceu aos direitos subjetivos outras duas espécies estranhas ao direito de família, ao direito obrigacional e ao direito real sobre coisas corpóreas (propriedade, posse, direitos reais *in re* aliena e quase posse): primeiro, os “direitos das pessoas” (*jura personarum*), nesses enquadrando o direito à vida, o direito de liberdade, o direito de ser respeitado na sua honra e dignidade e o direito autoral na sua feição pessoal; segundo, os direitos reais sobre coisas incorpóreas (direitos intelectuais como o direito autoral na sua feição real, as patentes de invenção, as marcas de indústria e de comércio e o direito ao nome comercial)⁴²¹.

⁴¹⁷ “(...) bens, no sentido jurídico, menos lato do que o philosophico e differente do econômico. Para o direito, bens são os valores materiaes ou immateriaes, que servem de objecto a uma relação jurídica. É um conceito mais amplo do que o de coisa. Esta, no dizer magistral de TEIXEIRA DE FREITAS (Esboço, art. 317), é “todo objecto material susceptível de medida de valor”. São os objectos corporaes, segundo preceitua o Codigo Civil allemão, art. 90. Ao lado das coisas e dos bens econômicos, outros há de ordem moral, inapreciaveis como a vida, a liberdade, a honra, e os que constituem objectos dos direitos de família puros.” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 261).

⁴¹⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, p. 208.

⁴¹⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, p. 217.

⁴²⁰ Bevilacqua ressalva sua negativa à classificação de Teixeira de Freitas quase que pedindo escusa ao mestre pela afirmação da pertinência científica dessa: “Podemos não acceitar a classificação proposta por TEIXEIRA DE FREITAS, mas é incontestável que ella tomou por base uma distincção, que tem as suas raizes nos proprios fundamentos do direito” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 67, nota 106).

⁴²¹ Bevilacqua apresenta um quadro geral de classificação dos direitos subjetivos segundo o critério do objeto da relação jurídica, ou objeto dos direitos, no qual teria deixado de considerar, segundo sua própria ressalva, as situações jurídicas (por serem as condições ou

Não obstante, ao proceder à elaboração do projeto do Código Civil brasileiro de 1916, Bevilacqua excluiu a proteção na ordem civil aos “modos de ser da própria pessoa na vida social (a existencia, a liberdade, a honra, etc)”⁴²², fazendo objeto dos direitos subjetivos originários das relações de direito por aquele reguladas apenas as coisas corpóreas e a vontade das outras pessoas, ou, excepcionalmente, os danos patrimoniais resultantes da ofensa aos “modos de ser da pessoa”, semelhantemente à compreensão de Teixeira de Freitas. Essa exclusão dos direitos sobre a própria pessoa como espécie de direitos subjetivos regulados pela ordem civil é explicada pela concepção de Bevilacqua sobre o conceito jurídico de patrimônio, sob uma significação que, segundo ele, apresentava-se “ainda não muito precisa no estado actual da sciencia”.⁴²³

Para o jurista cearense, como um “prolongamento da personalidade sobre as coisas”⁴²⁴, o patrimônio correspondia ao “complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor economico”⁴²⁵, compreendendo as dívidas e os direitos economicamente apreciáveis. Diferentemente de Savigny, e semelhantemente a Aubry e Rau⁴²⁶, considerou o patrimônio uma universalidade de direito indivisível, como “unidade abstracta distincta dos elementos que a compõem”⁴²⁷ e correspondente a cada pessoa, como um aspecto da personalidade.

Em oposição a esses doutrinadores franceses que incluíam no patrimônio “os direitos que a antiga escola do direito natural denominava innatos”⁴²⁸, Bevilacqua incluiu na abrangência dessa universalidade de direito apenas os di-

pressupostos de existência desses direitos), as faculdades (por serem modos pelos quais os direitos se manifestam em certas circunstâncias) e o direito ao nome (BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 68-70).

⁴²² BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 65.

⁴²³ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 209.

⁴²⁴ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 210.

⁴²⁵ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 209-210.

⁴²⁶ Bevilacqua inicia a sua exposição sobre patrimônio, colocando a sua definição em confronto expresso com a de Aubry e Rau, entre outros; em seguida, contudo, seguindo a “maioria dos autores”, acaba acolhendo a concepção que esses autores franceses deram-lhe como universalidade de direito, igualmente apresentando-o como unidade indivisível (BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 210-211).

⁴²⁷ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 211.

⁴²⁸ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 213, nota 18.

reitos e deveres apreciáveis pecuniariamente⁴²⁹, excluindo “a) Os direitos sobre a própria pessoa, os chamados direitos individuais referentes à existência, à liberdade e à honra, ainda que o *damno moral* possa determinar uma reparação pecuniária, da qual resulte um aumento do patrimônio; (...)”.⁴³⁰

Esses direitos sobre a própria pessoa não sofreriam regulamentação na ordem civil por serem estranhos ao “patrimônio”, no qual se confundia a própria noção de pessoa e personalidade. Apesar de possíveis objetos de relações jurídicas, essas não seriam de natureza privada, mas de natureza pública, cuja matéria já estava regulada na Constituição Federal brasileira de 1891, em sessão epigrafada *Declaração de Direitos*.⁴³¹

3.3 CODIFICAÇÃO: PERFIL OITOCENTISTA

Diante desse quadro, a codificação civil brasileira de 1916, pela qual se operou a sistematização de todo o direito privado comum brasileiro, não obstante tenha sido construída ao final do século XIX, tivesse a sua disposição todo inovador lineamento teórico traçado no respectivo centenário sobre a pessoa humana em sua dimensão existencial e os direitos de personalidade e já tivesse conhecimento das seqüelas nefastas de um liberalismo já decadente, ainda foi elaborada segundo um perfil substancialmente oitocentista, no qual a igualdade e a liberdade foram construídas juridicamente com base numa visão essencial-

⁴²⁹ “Os bens economicos formam o nosso patrimonio (art. 57). Os bens não economicos são irradiações da personalidade, que, por não serem susceptíveis de medida de valor, não fazem parte do nosso patrimonio.” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 261).

⁴³⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 213.

⁴³¹ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 123.

mente formal, e o sistema jurídico foi elaborado segundo uma pretensão de exclusão, totalidade e suficiência.

Posicionando todos os homens na condição de pessoa em razão da atribuição normativa da capacidade de direito e, portanto, semelhantemente ao sujeito de direito criado pela doutrina alemã, o direito brasileiro, assim como o direito europeu, construiu a “idéia de liberdade jurídica sobre a idéia de liberdade comercial e a idéia de igualdade como a idêntica posição dos sujeitos de direito perante um mesmo comando jurídico, o qual deverá ser então necessariamente claro, certo e preciso”⁴³². Diferenças sociais, econômicas e políticas foram desconsideradas nas normas de direito privado, que trouxe como seus protagonistas, dentro do gênero do sujeito de direito, o “(...) proprietário, credor, pae, filho, cônjuge, testador, herdeiro, legatário”⁴³³, relegando ao direito público, em esfera jurídica totalmente distinta, a regulamentação do sujeito de direito como cidadão enquanto “eleitor, funcionario, administrado ou nacional”⁴³⁴.

Por outro lado, esse sistema jurídico codificado, centrado na idéia de capacidade de direito, foi construído com a pretensão de alcançar uma ordenação do tipo fechado, operacionalizável pelo raciocínio lógico-dedutivo assentado sobre conceitos que, genéricos e abstratos, fossem representativos de certezas cientificamente laboradas e, assim, harmonicamente dispostas, sendo inquestionáveis na sua correspondência à realidade social ou a valores como justiça e equidade. Explica Bevilacqua⁴³⁵:

as codificações, além de corresponderem às necessidades mentaes de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do direito, que lhe augmentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca eludicação dos dispositivos, fecundado princípios e institutos, que, no isolamento, se não desenvolveriam sufficientemente, contendo, canalizando e orientando energias, que se poderiam prejudicar, na sua acção dispersiva.

Por isso apresentam-se na historia do direito, como phase normal da evolução, que, partindo da fluidez inicial das ordenas mais ou menos arbitrarías, das sentenças de va-

⁴³² MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado, 1999, p. 135.

⁴³³ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 68.

⁴³⁴ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 68.

⁴³⁵ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 9.

ria inspiração, e dos costumes, vae em busca de formas definidas, firmes e lúcidas, que traduzam, melhor, as exigências, cada vez mais apuradas, da consciencia jurídica, e, melhor, disciplinem os interesse dos individuos e dos agrupamentos sociaes.

Ainda, como um sistema excludente de outras ordens estranhas à codificação estatal, tido como suficiente à regulamentação das necessidades sociais e desprovido de lacunas, o sistema jurídico do direito privado brasileiro acabou sendo resumido às disposições e relações reconhecidas na legislação codificada, afastando qualquer normativo que com ela estabelecesse contradição ou que colocasse em dúvida as certezas dogmaticamente postas.

(...) com a systematização do direito civil, porém, no Código em vigor, desde 1 de Janeiro de 1917, o direito legal não tem fontes subsidiarias. O Código Civil é um organismo, um corpo de leis, em que se agglutinam as normas referentes ao direito privado commum. Desprende-se da legislação, de cuja evolução representa phase nova, e, para supprir as suas deficiências, estabelece os recurso da interpretação, da analogia, e dos princípios geraes do direito (Introdução, arts. 4 a 7). O direito romano e as legislações dos povos cultos são sempre, e cada vez mais, estudados para esclarecimento da lei pátria, mas não para lhe supprir as lacunas, de modo directo, como acontecia antes da codificação, por força do que dispunha o Código Philipino. Têm hoje, valor doutrinario semelhante ao dos grandes mestres. Elucidam as questões, robustecem as intelligencias na pesquisa do justo, e assimilados constituem, com os principios da sciencia, elementos, que entram na formação da consciencia juridica⁴³⁶.

O reconhecimento da excelência da sistematização contida no Código Civil brasileiro de 1916 por juristas estrangeiros manifestou-se em louvores proferidos logo após a sua publicação. Esses juristas, assim como Bevilacqua, partilhavam do anseio pela codificação, especialmente pela segurança e precisão que o seu método lógico-dedutivo trazia aos operadores jurídicos. Foi o caso de Martinez Paz, que, em conferência realizada na Universidade de Cordova, proferiu palavras de elogio, apontando a sua excelência por conta do seu método, da sua técnica e da natureza científica das suas disposições:

O Código Civil brasileiro é logico, porque está executado segundo um methodo preciso, scientifico, admiral. As instituições nascem e se encadeiam numa successão natural sem contradições nem repetições, que fatiguem a intelligencia. É technico, porque

⁴³⁶ BEVILACQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 43.

se inspira em princípios científicos e inquestionáveis, sem se deixar arrastar às disquisições doutrinárias e theoricas, em que se prendem a lei e a doutrina, fazendo aquella participar da vida ephemera desta. É simpes, e até diríamos popular, porque está escripto em uma linguagem natural e precisa, conseguindo assim o anhelado supremo da época: o de fazer dos livros de legislação um campo accessível a todos os homens.⁴³⁷

Alfredo Colmo, da Universidade de Buenos Aires, após iniciar suas elogiosas referências ao Código Civil brasileiro de 1916 como “(...) o acontecimento juridico do século, na parte latina de nosso continente, (...)”⁴³⁸, afirmou tratar-se de um código “(...) nada theorico, bastante geral e flexivel, bem concebido e redigido, de reduzidas dimensões, reúne, em principio, as condições para poder popularizar-se. E qualquer dos nossos paizes, que necessite de rever a sua lei civil deverá recorrer, em muitos pontos, ao Codigo brasileiro, para receber boas inspirações de methodologia, de technica, de sciencia, de tendências liberaes e modernas.”⁴³⁹

Além disso, em comunhão com as demais codificações oitocentistas, a codificação civil brasileira de 1916 também desumanizou o conceito de pessoa, tornando-o um mero instrumento técnico operativo da imputação de direitos e deveres essencialmente patrimoniais. Assumindo a irrelevância da condição humana e dos próprios valores vinculados à humanidade, atribuía a qualidade de sujeito de direitos a apenas aqueles entes aos quais normativamente atribuía capacidade jurídica, criando um distanciamento entre a comunidade jurídica e a comunidade humana; conseqüentemente, estendia proteção a esses sujeitos de direitos somente na parcela tida como relevante à sua existência jurídica, ou seja, naqueles bens exteriores que, desvinculados da sua humanidade e com carga de patrimonialidade, determinavam o seu relacionamento interpessoal.

⁴³⁷ Apud BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 60.

⁴³⁸ Apud BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 61.

⁴³⁹ Apud BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 61.

PARTE II – A RECONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE PESSOA PELO DIREITO e A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PERSONALIDADE HUMANA: A PERSONALIDADE COMO BEM JURIDICAMENTE RELEVANTE E A SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

CAPÍTULO 4 - A PERSONALIDADE HUMANA COMO BEM JURÍDICO

4.1. DESIGUALDADE E PARTICULARISMO

O modelo liberal consolidou-se e expandiu-se no século XIX. Não obstante, seu padrão econômico capitalista acabou colocando o próprio liberalismo em crise, exigindo uma nova postura do Estado perante a economia e o social. Paradoxalmente à igualdade e à liberdade preconizadas pelo Estado Liberal, acabaram prevalecendo sobre o “ser” os valores relativos ao “ter”. Segundo doutrina Ramos⁴⁴⁰,

(...) preocupado em eliminar as discriminações pessoais características do medievo e do período do absolutismo monárquico, o Estado de Direito Liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, parificação esta que só acentuou a concentração do poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico e produtivo.

A riqueza foi consagrada como a única forma de ascensão social, prejudicando a valorização da dignidade do ser humano e o respeito à justiça distribu-

⁴⁴⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, p. 06.

tiva. O capitalismo gerou uma postura não apenas individualista, mas ultra-individualista, assentada no comportamento egoístico de cada indivíduo.

O próprio exercício dos direitos declarados na gênese do Estado Liberal acabou sendo vinculado à apropriação de bens, restando à maior parte dos homens, desprovida de um patrimônio significativo, um direito único, qual seja, o de obrigar-se a vender sua força de trabalho. A vontade dos fortes passou a dominar e a oprimir os fracos, originando um regime de privilégios baseado numa ética individualista. Segundo von Stein⁴⁴¹, “o livre desenvolvimento das forças econômicas e sociais conduzia à servidão da personalidade: a dominação das coisas correspondia à dominação das pessoas”.

No decorrer dos anos que acompanharam o final do século XIX e o início do século XX, inúmeros fatos⁴⁴² desencadearam profundas alterações em nível social e econômico, evidenciando entre os homens a desigualdade material tão negada pelo liberalismo. A industrialização da economia, se trouxe a possibilidade de melhor satisfazer as necessidades dos indivíduos e de atender à demanda cada vez mais crescente, também trouxe nefastas consequências sociais.

Apesar de a Revolução Francesa de 1789 ter sido, inicialmente, posta como triunfo da burguesia (massa empenhada na produção e no comércio) sobre as classes privilegiadas (clero, nobreza e outras), ulteriormente foi constatado que, na realidade, segundo ressalva Bonavides, a vitória foi de apenas “uma pequena parte desse estado, como conquista do poder político através da camada socialmente privilegiada, a burguesia proprietária”⁴⁴³.

⁴⁴¹ Apud VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado Direito Civil Constitucional. p. 176, nota 4.

⁴⁴² Dallari elenca como causas privilegiadas do processo de transformação do Estado liberal, a Revolução Industrial, a Revolução Russa de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, o constitucionalismo social iniciado pela Constituição mexicana de 1917, a Primeira Guerra Mundial, a crise econômica de 1929, a Segunda Guerra Mundial, as crises cíclicas, os movimentos sociais e a liberdade positiva (apud STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado, p. 63).

⁴⁴³ Apud STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado, p. 49, nota 55.

Dessa forma, deslocando uma população essencialmente rural aos centros urbanos, a industrialização, ao mesmo tempo em que se colocou alguns burgueses no topo da pirâmide econômico-social, gerou um extraordinário desenvolvimento numérico do operariado (urbanização x proletarização), que, posteriormente, reunido em grupos classistas, tentou alcançar a satisfação de interesses fundamentais, como melhores condições de trabalho, redução da jornada de trabalho e direitos previdenciários. Concorrentemente ao desenvolvimento econômico e técnico-científico dos indivíduos oportunizado pela autonomia mercantilista, portanto, o modelo do Estado mínimo gerou o “agigantamento dos centros urbanos e o surgimento do proletariado urbano, fruto do desenvolvimento industrial e da conseqüente destruição de modos de vida antigos e tradicionais”⁴⁴⁴.

A livre atuação econômica da burguesia privilegiada, por sua vez, beneficiada pelo sistema capitalista e atingida por fatores extraordinários, como a excepcional demanda de produtos provocada pelas diversas guerras e revoluções, possibilitou a formação de grandes monopólios, cuja atuação mercantilista veio a provar que o interesse social era, na maioria das vezes, incompatível com a livre concorrência, de maneira que os interesses dos maiores sempre acabavam se sobrepondo aos dos mais fracos.

Paralelamente a esse enriquecimento isolado de alguns, as guerras trouxeram à grande maioria destruição representativa de uma pobreza não apenas material como também espiritual, considerando a escassez de alimentos, a falta de trabalho, a perda de moradias e o desmantelamento familiar pela perda de entes próximos. Outrossim, a industrialização provocou uma urbanização que a infra-estrutura fornecida pelo Estado mínimo não estava preparada para receber e muito menos a iniciativa privada preocupada em suportar, demandando melhoria na quantidade e na qualidade do sistema de transporte, de saneamento básico, de moradia, de saúde e de ensino escolar.

⁴⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 62.

Da mesma forma, a atuação livre das indústrias, sem qualquer forma de controle e voltada ao lucro extremo, acabou provocando degradação ambiental que somente após anos de ofensas ininterruptas tornou-se motivo de preocupação, quando já manifestas as seqüelas. Inevitavelmente, entrou em crise o sustentáculo do liberalismo, que pressupunha a separação entre o Estado e a sociedade civil. Surgiram movimentos socialistas que, com reivindicações baseadas no princípio da igualdade material, transformaram o conteúdo do Estado Liberal e deram início à construção do Estado do Bem-Estar, que, pela doutrina de Hermann Heller⁴⁴⁵, assumiu um novo conteúdo, superando o modelo ideológico baseado no individualismo-capitalista da burguesia.

O Estado, agora com conteúdo social, deixou de apenas preocupar-se em manter a coexistência pacífica dos indivíduos para que assim atuassem livremente e satisfizessem aos interesses individuais e assumiu o compromisso de *mediar* pólos antagônicos - burguesia e operários (que passam a pretender suas conquistas pelo voto, não mais pela revolução) -, tendo como metas a diminuição da desigualdade social, a redistribuição de bens, o estabelecimento de uma nova ordem de relações de trabalho e a justiça social (acesso a bens essenciais).⁴⁴⁶

Assim, se no liberalismo o Estado tinha papel mínimo, no Social passou a, gradualmente, assumir uma postura intervencionista, maximizando-se. Buscando a proteção da classe do proletariado, a garantia de condições sociais mínimas de sobrevivência, a distribuição da renda e a estabilidade econômica, o Estado Social, para fazer frente à questão social, ao invés de simplesmente ga-

⁴⁴⁵ “O alemão vivenciou a caótica situação da República de Weimar, em que a hegemonia de uma classe dominante egoísta chocava o ovo da serpente, que findaria por negar o Estado de Direito.” (VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. p. 176)

⁴⁴⁶ Neste ponto, Gehlen aponta a debilidade e a contradição como traços marcantes do Estado social, pois, segundo ele, formulado a partir da robustez dos postulados liberais, com aceitação de suas idéias e princípios (igualdade formal), também traz princípios próprios, que, no entanto, de fato, nem sempre se sobrepuseram a aqueles. “Como algodão entre cristais, a fórmula dessa organização estatal resulta débil, porque se formula a partir do Estado liberal, com aceitação de suas idéias e princípios. É fruto do temor de uma revolução por uns e de ditadura por outros. É essa debilidade e contradição que dão especificidade ao Estado social.” (VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 177).

rantir liberdades negativas (*liberdades de*) por uma postura negativa, passou a buscar a proteção das liberdades positivas (*liberdades do ou da*), adotando uma política de intervenção na economia e de restrição da autonomia privada (dirigismo contratual), pela qual passou a agir como ator privilegiado do jogo socioeconômico, assumindo tarefas até então relegadas à iniciativa privada, assegurando-as como direitos da cidadania.⁴⁴⁷

Em busca de um equilíbrio econômico, por direta ou indireta ação governamental, passou a participar da economia paralelamente à iniciativa dos particulares, assumindo até mesmo um papel voltado a “manter a produção, a distribuição, o controle da economia, etc., não se limitando apenas a uma atitude reconhecedora e repressora”.⁴⁴⁸ Segundo Streck e Moraes, “(...) a transformação no viés intervencionista do Estado Moderno liberal o faz assumir responsabilidades organizativas e diretivas do conjunto da economia do País, em vez de simplesmente exercer poderes gerais de legislação e polícia, próprias do perfil do Estado Mínimo.”⁴⁴⁹

Em virtude disso, “o Estado do Bem-Estar Social constitui uma experiência concreta da total disciplina pública da economia, assumido como modelo de futuros objetivos autoritários da política econômica e ao mesmo tempo cria hábitos e métodos dirigistas dificilmente anuláveis”⁴⁵⁰. Desse modo, com o advento do Estado Social de Direito, deixou de subsistir a separação entre o político e o econômico e, novamente, houve uma aproximação entre o Estado e a sociedade civil, antes afastados pela política liberal. Aquele passou a tentar garantir “(...) tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político. O cerne da dife-

⁴⁴⁷ “A cidadania deixa de ser considerada apenas uma relação política entre o indivíduo e o Estado, para se fazer presente em outros níveis e espaços sociais e econômicos, como por exemplo na empresa (...)” (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*, p.9).

⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 49, nota 63.

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 65.

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 65.

rença, (...), se coloca exatamente neste aspecto de direito próprio do cidadão a ter garantido o seu bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do povo.”⁴⁵¹

Essa intervenção no âmbito econômico, seguindo as palavras de Streck e Moraes, não cumpriu “papel socializante”⁴⁵²; procurou mitigar os conflitos e paradoxos do Estado Liberal pela atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção –, “a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção”.⁴⁵³ O Estado passou a impor uma função social aos institutos paradigmáticos do Estado Liberal – a propriedade e o contrato –, no sentido de, mantendo-se como expressões da autonomia privada, a sua proteção depender de utilização positiva, não estando mais apenas vinculada a um título formal e a um exercício de absolutismo. Dessa forma, o Estado do Bem-Estar, com essa postura interventora, assumiu paralela postura promocional, no sentido de não apenas limitar a iniciativa privada e a liberdade contratual, mas de diretamente agir em prol dessas novas questões econômico-sociais.

O processo de aproximação entre o Estado e a sociedade civil diante das sempre crescentes necessidades acabou ocorrendo de maneira disforme, segundo uma tendência de aprofundamento. Se, pelo inicial intervencionismo, o Estado adotava medidas esporádicas, circunscritas a situações específicas, numa segunda fase, na forma de um dirigismo, a sua atuação passou a ser sistemática, com a intenção não apenas de ajuda, mas, também, de reforço à iniciativa privada, com objetivos político-econômicos predeterminados. Por fim, numa terceira etapa, o Estado, pela planificação, passou a “previsões que abrangem largo período temporal e com análise econômica global”⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 71.

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 67.

⁴⁵³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 67.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 69.

O não-desempenho satisfatório pelo Estado Social das funções assumidas em busca da garantia do bem-estar de todos – saúde, segurança, educação, saneamento básico, etc. –, levou à feudalização social, que, inevitavelmente, também conduziu à feudalização jurídica. Os indivíduos com melhor posição social e econômica, ditos “auto-suficientes” por Lorenzetti⁴⁵⁵, satisfeitos econômica, social e culturalmente pela sua própria atuação, passaram a não depender da ação pública para a realização dos seus interesses; criaram seus próprios feudos, deixando de necessitar do Estado. Segundo exemplifica o mesmo jurista⁴⁵⁶, vivem em condomínios onde o município tem pouco o que fazer; a polícia é substituída pela vigilância contratada; a escola pública, pela escola privada; o sistema público de saúde, pelos planos de assistência médica; o crédito estatal, pelo crédito privado.

Assim, tentam não se vincular ao Estado por força dos numerosos ônus, responsabilidades e impostos que este lhe impõe sem contraprestações equivalentes. O Estado incomoda-os, pretendendo, assim como no modelo liberal, que seja minimizado nas suas funções.

4.2. A OFENSIVIDADE AO HOMEM

As alterações não se verificaram apenas na esfera econômica, ou em outras esferas, mas por fatores econômicos. Fatos e fatores históricos verificados na primeira metade do século XX, especialmente na Europa, provocaram uma conscientização geral “dos riscos da subalternização do indivíduo humano face aos desígnios da estrutura do poder detentor do aparelho estatal”.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, 1998, p. 55.

⁴⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, 1998, p. 55.

⁴⁵⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 84.

As duas grandes guerras mundiais, acompanhadas dos horrores do nazismo⁴⁵⁸, com os seus fundamentos rácicos e chauvinistas, e os regimes totalitários instalados no segundo pós-guerra, provocadores, assim como aquelas, da emigração global dos povos europeus, são fatos históricos que cristalizaram o sentimento de desprezo e indiferença pela pessoa humana e a posição de desrespeito pela vida e pela liberdade humanas, tendo, por isso, despertado “os povos para uma nova realidade: a de proteger, segundo todos os aspectos, os valores da personalidade e a importância do indivíduo como ser humano.”⁴⁵⁹

Por outro lado, as duas grandes guerras, especialmente a Segunda Guerra Mundial, movimentaram toda uma estrutura e profissionalização científica e tecnológica, que, no período pós-guerra, desenvolveram-se aceleradamente em direção ao mercado de trabalho, econômico e político, tornando possível “(...) a formação de um mercado para os bens da personalidade, carente, até então, de qualquer regulação jurídico-civil”⁴⁶⁰; e acarretando inovadoras e diversas interferências na vida privada do ser humano.

Segundo ressalta Cortiano Junior, notadamente no último quarto do século XX, a sociedade eminentemente industrial foi “substituída, em velocidade lancinante, pela sociedade tecnológica”⁴⁶¹, sendo marcada não apenas pela crescente especialização dos trabalhos e atividades humanas, mas essencialmente pela complexidade gerada pelas inovações tecnológicas, especialmente em sede de transmissão de informações, como a

(...) divulgação, penetração e opressão dos *mass media*, a recolha e utilização informática e computadorizada de dados pessoais, a pressão do consumismo e a impiedade das suas técnicas de publicidade, a subida do *stress*, da angustia e da tensão no

⁴⁵⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 34.

⁴⁵⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 57.

⁴⁶⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 66.

⁴⁶¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 38.

interior do homem e a sedimentação da competitividade e da agressividade nas relações intersubjetivas⁴⁶².

O progresso científico, seguido do desenvolvimento tecnológico, “notadamente no campo das manipulações genéticas”⁴⁶³, provocou, especialmente a partir de meados do século XX, uma crise ético-existencial que veio reclamar uma maior atenção no sentido de delimitar a atividade científica do homem para proteger os valores da própria humanidade.

Estabeleceu-se, por força dessa progressão tecnológica e científica, um “complexo embate entre progresso, moral e direito”⁴⁶⁴, no qual as contradições exigem um posicionamento firme em consideração aos valores reconhecidos como relevantes no respectivo momento histórico. Cabral explica esse embate ético-moral nos seguintes termos

(...) Verifica-se que o progresso tecnológico adquiriu, em alguns domínios, uma velocidade e um dinamismo próprios, desprovidos de critérios morais, conduzidos por um neutralismo, ao qual são estranhas e mesmo desprezíveis quaisquer preocupações éticas, metafísicas, humanísticas.

E impõe-se concluir que à evolução técnica não tem correspondido, equivalentemente, um avanço de ordem moral, residindo nesta diferença a contradição que, explicando todas as outras, mais tem marcado a idade contemporânea.⁴⁶⁵

Ao direito, portanto, passou a ser necessário alcançar uma solução a essas contradições pela construção de normas que, além de regulamentá-las especificamente, apontassem os valores merecedores de proteção, tendo como norte maior a dignidade da pessoa humana.

⁴⁶² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 84.

⁴⁶³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 34.

⁴⁶⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 39.

⁴⁶⁵ Rita Amaral Cabral apud CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 39.

Por fim, também notadamente no último quadrante do século XX, a sociedade massificada originária da produção escalonada voltada ao mercado nacional e mundial provocou a homogeneização e, se não a destruição, o adormecimento da personalidade humana justamente no aspecto que marca a sua irrepetibilidade, o desenvolvimento construtivo pelo qual o indivíduo diferencia-se dos semelhantes – a individualidade. Por força de uma mídia incisivamente direcionada ao consumo e a interesses particulares, todos passaram a pensar da mesma forma e a pretender a satisfação das mesmas necessidades pelos mesmos produtos e serviços, sem questionar seus efetivos desejos e vontades. “Uma ditadura de opinião contrapõe-se de forma direta ao pluralismo de valores, essencial do Estado Democrático de Direito”.⁴⁶⁶

O século XX, dessa forma, foi marcado por fatores de ofensividade direta e indireta à pessoa humana, que determinaram, gradualmente, a exigência de “uma tutela horizontal e vertical da personalidade, respectivamente, a mais ampla e a mais funda possível, e dotada do máximo possível de unidade e de coerência.”⁴⁶⁷

4.3 A MUDANÇA DE EIXO E A CONCRETUDE DO SISTEMA JURÍDICO

4.3.1 Descodificação e feudalização: igualdade material

⁴⁶⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 66.

⁴⁶⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 115.

Dessa forma, aquela nova postura social do Estado (intervencionista, regulamentador e ator) veio a afetar a própria produção legislativa⁴⁶⁸ e a alterar profundamente o papel que o Código Civil até então representava no direito privado, como norma exclusiva, imutável e suficiente. Diante das pressões e das modificações econômicas, sociais e tecnológicas, admitiram-se a insuficiência e o caráter ultrapassado do modelo da codificação positiva para a regulamentação da nova realidade.

As duas grandes guerras mundiais provocaram um profundo processo de transformação econômico social dos povos, vindo esta mutação a abalar o sistema jurídico idealizado pelos *pandectistas* e pelos codificadores do direito civil. A transformação do Estado liberal em Estado social resultou em uma maior e mais profunda ruptura com o sistema concebido pelos pensadores dos séculos XVIII e XIX. O fim das ditaduras totalitárias, que dominaram a primeira metade do século XX, e o surgimento de uma nova ordem econômico social resultaram no fato de que o sistema jurídico desenvolvido pelo direito civil clássico não mais respondia aos anseios sociais, nem às necessidades do homem.⁴⁶⁹

Como primeira solução, por leis extravagantes, o Estado passou a editar normas regulamentadoras de relações específicas, ausentes na codificação justamente em razão de ainda não existirem, ou por não assumirem grande relevância na sua existência ao tempo da elaboração desse corpo (contratos de locação, contratos de compromisso de compra e venda de imóveis, edifícios ou não, parcelamento do solo urbano, estatuto da terra, etc.). A finalidade dessas normas era a proteção da parte economicamente mais fraca, fragilizada pelo sistema capitalista do liberalismo e vinda de uma realidade rural com necessidades especialmente relativas à moradia urbana.⁴⁷⁰

Justamente por força do caráter intervencionista do Estado, o Poder Executivo, ainda mais que o próprio Poder Legislativo, assumiu intensa atividade

⁴⁶⁸ Em cada período histórico, os constituintes de regra incorporam nas leis fundamentais o que no período correspondente se consagrou como a mais generosa expressão do ideário da época (Celso Antônio Bandeira de Mello apud VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado Direito Civil Constitucional, p. 181).

⁴⁶⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 56.

⁴⁷⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, p. 7.

legislativa na órbita econômica e social, trabalhando-a de forma casuísta⁴⁷¹, totalmente não condizente com “os tipos formais construídos no regime liberal, destinados exclusivamente à produção de leis gerais e abstratas, com a finalidade de assegurar o reconhecimento das liberdades individuais formais e limitativas à ação da autoridade pública”⁴⁷². Por essas normas particularizadas (dirigidas a grupos ou classes merecedores de especial atenção, então reconhecidos como novos sujeitos de direito), buscou-se alcançar a pretendida igualdade material, atendendo às necessidade de um grupo ou a problemas específicos. Como ressalta Lorenzetti, “a igualdade legislativa é um sonho esquecido, na medida em que as normas jurídicas são particularizadas e com efeitos distributivos precisos.”

O Estado Social - contrariamente ao individualismo liberalista que extraía o indivíduo da matriz coletiva fazendo-o único sujeito de direitos (era proprietário, contratante, pai de família, sem atributos diferenciados) - passou a regular o indivíduo-cidadão por aspectos parciais, reconhecendo as desigualdades que marcavam a sua realidade social particular. Assim, passou a reconhecer outros sujeitos de direito diversos daquele único e universal reconhecido pelo Estado Liberal, configurados segundo atividades ou posições econômico-sociais ocupadas concretamente pelo homem, como é o caso do consumidor e do fornecedor, do empregador e do empregado, do prestador e do usuário, do contribuinte, do agricultor, do locador e do locatário, do proprietário e do possuidor rural, do eleitor e do partido político ou candidato. Além da identidade autônoma como indivíduo em si, o Estado Social também passou a considerar o indivíduo na sua matriz coletiva, segundo sua realidade concreta.

Dessa forma, o código perdeu a sua posição de exclusividade no ordenamento privado, passando a ocupar, inicialmente, o posto de “centro” do sistema jurídico privado, integrando-o juntamente com as respectivas normas extravagantes. Não obstante, com o tempo, a edição de normativos especiais, em

⁴⁷¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 68.

⁴⁷² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 68.

face da sua abrangência cada vez mais ampla, inclusive com regulamentação interdisciplinar (penal, administrativo e processual), conduziu a que o Código Civil acabasse perdendo também essa posição central. O sistema jurídico privado passou a caracterizar-se pela *descentralização*. Cada vez mais afastado do centro, o Código Civil passou a representar apenas mais uma dentre outras ordens vigentes, a maioria das quais em posição de maior relevância a esse, diante da importância, atualidade e especialidade das suas matérias.

Essas ordens pulverizadas passaram a trazer normas sem dependência ou necessária subsunção à norma geral contida no Código Civil, assumindo a condição de estatutos autônomos, com princípios próprios, muitas vezes distintos dos que serviam de base ao Direito comum e, por isso, até mesmo derogatórios da norma codificada, que chega a ocupar a condição de residualidade. Invariavelmente, o código - antes totalitário e exclusivista - passou a coexistir com outros códigos, microssistemas, subsistemas e leis autônomas, centralizadores de normas de natureza não essencialmente “privada”, tamanha a regulamentação particularizada que assumem frente às figuras emergentes da realidade econômica, social e tecnológica. É o caso, no Brasil, do Estatuto da Terra⁴⁷³, da Lei de Locação dos Imóveis Urbanos⁴⁷⁴; da Lei do Condomínio em Edificações e Incorporações Imobiliárias⁴⁷⁵, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor⁴⁷⁶, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁷⁷, da Lei de Falências⁴⁷⁸, entre outras.

⁴⁷³ Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, publicada no Diário Oficial da União de 30 de novembro de 1964.

⁴⁷⁴ Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, publicada no Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1991.

⁴⁷⁵ Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, publicada no Diário Oficial da União de 17 de dezembro de 1964.

⁴⁷⁶ Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, publicada no Diário Oficial da União de 12 de setembro de 1990.

⁴⁷⁷ Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, publicada no Diário Oficial da União de 16 de julho de 1990.

⁴⁷⁸ Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, publicado no Diário Oficial da União de 22 de junho de 1945.

Esse percurso histórico caracteriza o que Tepedino nomina “processo de descodificação do direito civil”⁴⁷⁹, com deslocamento do centro de gravidade do direito privado do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico (monossistema), para uma pluralidade de estatutos autônomos (microsistemas) em relação aos quais aquele teria perdido influência normativa (polissistema).⁴⁸⁰ Essa também é a posição defendida por Szaniawski, que, chamando atenção ao fenômeno da descodificação do direito, descreve-o pela “(...) fragmentação da matéria civilística em diversos textos legais extravagantes que adquiriram autonomia, constituindo-se em novas disciplinas jurídicas autônomas, ou continuaram a pertencer ao âmbito do direito civil, reguladas por leis autônomas.”⁴⁸¹ A essa realidade de pluralismo jurídico, lembra Tepedino, ainda deve ser agregado “o conjunto de normas supranacionais formado por tratados, convenções, pactos internacionais e regulamentos de mercados regionais, que suscita uma genuína crise de fontes normativas”⁴⁸².

Paralelamente a esse ordenamento jurídico estatal, como consequência imediata à feudalização social, também passaram a vigor ordens de origem privada (como estatutos de condomínios) voltadas à regulamentação de relações específicas e concretas, segundo os interesses dos sujeitos individualizados, nem sempre conformes ao interesse da sociedade.

Para uma aplicação mais eficiente desses normativos especiais e dessas ordens particularizadas, o Estado, ainda centralizador de uma justiça universal, passou a dotar o Poder Judiciário de órgãos especializados segundo a matéria ou pessoas envolvidas em cada uma dessas relações, criando para cada qual uma “justiça” própria. Como garantia ao alcance dessa isonomia ou desse equi-

⁴⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para reforma legislativa. p. 5.

⁴⁸⁰ Essa situação não sofreu alteração pelo advento do novo Código Civil brasileiro – lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, em algumas matérias, já nasceu em desacordo com relevantes e profundas inovações trazidas na Carta Constitucional de 1988, na robusta legislação especial e na rica jurisprudência consolidada na experiência constitucionalizada da última década.

⁴⁸¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 56.

⁴⁸² TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para reforma legislativa, p. 5.

líbrio relacional, a justiça, enquanto função ou atividade, acabou sendo particularizada (no Brasil, Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça Comum com competências fixas em razão da matéria ou das pessoas, etc.). Contudo, como ressalta Lorenzetti, “(...) no plano setorial, as “leis promocionais”, que subsidiam alguma atividade específica produziu uma fragmentação de direitos e privilégios, que, por sua vez, provoca novas pressões setoriais, para obter equiparação com o que foi alcançado por outro grupo ou superá-lo. Esta lógica rompe o compromisso igualitário”.⁴⁸³

Todas essas leis e normas *ad hoc*, segundo a linguagem de Lorenzetti⁴⁸⁴, se foram criadas pelo Estado com a intenção de atender às necessidades particularizadas dos grupos ou setores e, assim, alcançar isonomia ou equilíbrio aos pólos dessas relações particularizadas (contrariamente ao que ocorria no período feudal), por sua proliferação exagerada nos últimos anos, acabaram gerando, contrariamente ao sentimento de certeza provocado pela codificação, uma sensação de insegurança e imobilidade que terminaram por comprometer, até mesmo, a efetividade dos seus comandos.

A quantidade exagerada de leis que extrapolaram o ordenamento codificado ultrapassou em muito o número das suas normas, tornando verdadeira falácia o ditame segundo o qual o Direito se presume conhecido, mesmo frente a juristas. Impossível ler, estudar e ordenar a todas essas normas, nem mesmo por dedicação exclusiva. Ainda, a sucessão de leis tratando da mesma matéria ou relação, total ou parcialmente, acabou gerando a incerteza sobre a vigência dos normativos, inclusive se seria sobre a integralidade do texto legal ou sobre parte dele. A ausência de leis estáveis acabou depondo contra o Direito enquanto instrumento de controle social.

Por outro lado, o tecnicismo dos textos legais, especialmente das leis especiais, caracterizadas por incorporar uma linguagem própria ao setor que regulam - “tecnolinguagem” -, retirou a norma do alcance do cidadão, que passa a visualizá-la como um texto obscuro, desprovido da clareza mediana essencial a

⁴⁸³ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, 1998, p. 57.

⁴⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, 1998, p. 70.

que se realize o “cálculo jurídico”, tão pretendido pelo modelo codificado. Provocou, por necessidade, a formação do jurista especialista, treinado nesse novo jargão legislativo segundo uma postura de “militante de verdades parciais”⁴⁸⁵.

Outrossim, a recepção dessas novas e diversas ordens de direito operou uma inversão hermenêutica, uma vez que as regras de interpretação transferiram-se do comando posto pelo sistema da codificação ao instituído pelas leis especiais, mantendo uma aplicação residual do Código Civil, ora excluído, ora complementar aos microssistemas, sem diferença de peso ou validade. Segundo Ramos⁴⁸⁶, “isto significa recepcionar o pluralismo jurídico, reconhecendo que o direito estatal concorre com ordens independentes dele, devendo ser trabalhado a partir da articulação, da intercomunicação e interpenetração entre essas diversas ordens”. Passou-se a exigir, além da visão horizontal, o que a doutrinadora chama “leitura interdisciplinar do direito”, pela qual se propicia a análise de cada caso concreto na sua historicidade, repensando-se “(...) o direito no contexto de uma ordem capaz de vincular lei e realidade”⁴⁸⁷.

Por fim, essa hermenêutica diferenciada acabou tornando seu objeto não simplesmente o texto da lei, como se fazia no modelo codificado, no qual o juiz era a “boca da lei”, prendendo-se uma interpretação gramatical ou, excepcionalmente, restritiva ou extensiva. O intérprete passou a centrar sua análise nas próprias convicções formadas em face também de todo o sistema jurídico, atribuindo-se o encargo de proceder a uma vinculação entre o direito posto e a realidade. Essa situação veio a originar o que Lorenzetti nomina “deformação patológica”⁴⁸⁸ da atividade interpretativa, na medida em que, pela ausência de fronteiras e de limitações do objeto interpretado, o subjetivismo e o “intuicionismo” acabaram conduzindo a que toda afirmação passasse a ser possível e tudo passasse a ser discutível.

⁴⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, 1998, p. 56.

⁴⁸⁶ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, p. 13.

⁴⁸⁷ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, p. 14.

⁴⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, p. 71.

Dessa forma, como exigência para a própria eficácia das normas criadas pela desmensurada produção legislativa, impôs-se a construção ou eleição de idéias mínimas que norteassem o ordenamento como sistema, imputando-lhe uma unidade e coerência que restabelecesse ao Direito a credibilidade essencial ao seu papel de instrumento de controle social.

4.3.2. Constitucionalização e a unidade do direito

A complexidade do ordenamento marcado pelo pluralismo e pela feudalização das normas; a descentralização em face do Código Civil, a edição de normas *ad hoc* criadas para situações específicas e com disciplina interdisciplinar, mas desconectadas e autônomas em relação ao todo, e a constatação de graves antinomias e incoerências provocaram o esfacelamento da anterior ordem axiomática fundada no Código Civil e a saturação dos seus princípios axiomáticos, “conferindo a aparência de uma desordem insuperável”.⁴⁸⁹

O sistema fechado materializado no código pressupunha uma auto-suficiência, imutabilidade e exclusividade, que, hoje, são afastadas não apenas por sua inadequação, como por se tratar de uma falácia. “Não somente existe uma descodificação, mas também um problema de explosão, com uma enorme força centrípeta desintegradora, no plano da lei, de outras fontes, da doutrina e do Direito Privado em geral”.⁴⁹⁰ Contudo, se a codificação foi afastada como instrumento ideal à sistematização do direito e à regulamentação da vida social, a idéia de sistema, teoricamente, nunca foi perdida, permanecendo presente como elemento essencial à sobrevivência do direito, embora já segundo a visão de um sistema aberto.

⁴⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, p. 78.

⁴⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, p. 44.

A maior parte da doutrina brasileira atribui esse papel unificador e centralizador à Constituição, cujos normativos passaram a ocupar o centro do sistema jurídico também na esfera do direito privado. É o caso de Moraes, que aponta a Constituição como base dos princípios superiores do ordenamento jurídico e afirma que os valores por ela postos “estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, (...) segundo pena de se admitir a concepção de um ‘mondo in frammenti’, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário”⁴⁹¹; e de Tepedino, que afirma ter se consolidado na doutrina e na jurisprudência dos últimos anos “o entendimento de que a reunificação do sistema em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição.”⁴⁹²

A posição desses doutrinadores que põem a Constituição como centro do ordenamento privado (ou, como preferem outros, do direito civil) justifica-se pela necessidade de atribuir este centro a um modelo codificado e pela posição ocupada pela Constituição na hierarquia das fontes normativas. Todavia, justifica-se principalmente pelo papel fundamental que a Constituição desempenhou no revigoramento do direito civil.

Por conta da nova postura interventora do Estado, com funções ampliadas ao bem-estar de todos, as constituições, corpos que até então se destinavam à disciplina das relações públicas, deixaram de ser sintéticas e assumiram forma analítica, trazendo no seu conteúdo, além da regulamentação da estrutura do Estado pela divisão do poder, também uma nova disciplina das relações jurídicas privadas, segundo a ótica protecionista e solidarista assumida pelo Estado do Bem-Estar Social. Segundo Szaniawski, para um autêntico e social Estado de Direito, as normas constitucionais e as normas emanadas das declarações internacionais produzem efeitos imediatos também no âmbito das relações jurí-

⁴⁹¹ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional, p. 24.

⁴⁹² TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para reforma legislativa, p. 13.

dicas privadas, de maneira que, além do Estado, interessam também aos particulares, sendo imprescindíveis a uma sociedade livre.⁴⁹³

Por outro lado, visando a garantir-lhes eficácia, às normas constitucionais foi negado o simples caráter programático e a mera condição de “diretriz hermenêutica ou regra limitadora da legislação ordinária”.⁴⁹⁴ Foi-lhes assegurada normatividade, no sentido de atuarem como “norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”.⁴⁹⁵

No Brasil, o protecionismo e o solidarismo desenvolvidos especialmente após a primeira metade do século XX, portanto, após a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916, manifestaram-se pelas forças antagônicas na Assembleia Constituinte de 1988, que conseguiu delinear no texto constitucional os elementos daquela “mudança”, adequando as categorias jurídicas tradicionais construídas segundo a visão liberal, no texto constitucional, às exigências socioeconômico-culturais brasileiras no limiar do século XXI.

Seguindo os ensinamentos de Ramos⁴⁹⁶, as disposições inseridas na Carta Constitucional brasileira alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias jurídicas, num movimento de ruptura que provocou mudanças fundamentais no sistema de direito civil clássico, afetando a concepção sobre institutos fundamentais como a propriedade, a família, o contrato “e – no que nos interessa – a pessoa (...)”.⁴⁹⁷ “Objetivando preencher as grandes lacunas deixadas pelo sistema fechado dos Códigos Civis”⁴⁹⁸, tem-se reconhecido o “caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa hu-

⁴⁹³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 57.

⁴⁹⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 38.

⁴⁹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 38.

⁴⁹⁶ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, p. 10.

⁴⁹⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 37.

⁴⁹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 56.

mana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil”⁴⁹⁹.

Dessa forma, ao recepcionar temas que se compreendiam, na dicotomia tradicional, no estatuto privado, houve uma mudança de tarefas e qualidades no direito privado e no direito constitucional, de maneira que, da total incomunicabilidade, passaram à complementariedade e dependência. Especificamente sobre as leis extravagantes promulgadas visando à regulamentação especializada de certas relações jurídicas, diante do fenômeno da constitucionalização do direito civil⁵⁰⁰, “se subordinam aos princípios programáticos emanados da Constituição”.⁵⁰¹

O novo direito eleva ao mesmo patamar do interesse particular protegido desde a época liberal a defesa dos interesses sociais, tornando-se um direito tutelador, delimitador e coibidor de abusos. Embora se mantenha centrado no homem, estabelece restrições e limites voltados à preservação dos interesses coletivos e ao desenvolvimento e preservação da dignidade do ser humano, os quais eram ausentes no sistema clássico do direito civil, consolidado no Código Civil brasileiro de 1916. É exatamente pela relevância desse papel desenvolvido pela Constituição de 1988 que aqueles doutrinadores defendem a constitucionalização do direito civil (ou do direito privado), pois a nova visão de seus institutos paradigmas – propriedade, contrato, família e pessoa - promana deste texto constitucionalizado, e não do código ou outras ordens.

⁴⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para reforma legislativa, p. 12.

⁵⁰⁰ Em razão disso, Joaquín Arce Y Florez Valdez conceituam o Direito Civil Constitucional como “(...) sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da própria pessoa e nas suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídicas privadas gerais, e concernentes àquelas outras matérias residualmente consideradas civis, que têm por finalidade fixar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, as quais podem ser eventualmente aplicadas de forma imediata ou podem servir de marco de preferência da vigência, validade e interpretação normativa aplicável ou de pauta para seu desenvolvimento.” (Joaquín Arce y Florez-Valdez, *El Derecho Civil Constitucional*, apud LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 253).

⁵⁰¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2005, p. 56.

Garantindo-se eficácia imediata aos normativos constitucionais também no âmbito das relações jurídicas entre particulares, a eles restaram vinculados não apenas o legislador, que passou a ter de normatizar ao encontro da ordem constitucional, até mesmo reproduzindo conteúdos, mas também o aplicador das normas ordinárias, que passa a ter de analisá-las, interpretá-las e aplicá-las de acordo com os preceitos constitucionais. Segundo Szaniawski, “são os grandes princípios constitucionais que nos fornecem critérios de valor e que inspiram uma leitura do texto da lei ordinária”.⁵⁰²

A norma constitucional assumiu, assim, “a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”⁵⁰³. Na realidade, como centro de integração do sistema jurídico de direito privado, a Constituição passa a impor sobre todo o ordenamento jurídico as coordenadas traçadas pelos normativos constitucionais, determinando não apenas que as novas normas sejam expedidas de acordo com a ordem constitucional, como também que as normas já existentes “sejam analisadas, interpretadas e aplicadas de acordo com o preceito constitucional”.⁵⁰⁴

Essa posição central que os normativos constitucionais passam a ocupar no sistema jurídico também na esfera que anteriormente era ocupada pelo direito privado, e o revigoramento que esses normativos geraram no direito civil clássico em razão da imposição da sua ótica protecionista e solidarista, com efetiva carga de normatividade, geraram a quebra definitiva da distinção entre o público e o privado e entre o Estado e a sociedade civil.

Na operacionalização do direito, portanto, deixou de existir a clássica distinção entre direito público (“conjunto de normas que visam a regular as relações entre o Estado e o particular”⁵⁰⁵) e direito privado (“regras para regular as rela-

⁵⁰² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 75.

⁵⁰³ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional, p.

⁵⁰⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 37.

⁵⁰⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 57.

ções entre os particulares, apenas.”⁵⁰⁶), afastando-se a própria contraposição que anteriormente se estabelecia entre direito civil e direito constitucional. Essa divisão entre o público e o privado restou resumida a fins didáticos, para uma “melhor colocação das disciplinas jurídicas em um quadro sistematizado de ensino”, uma vez que “(...) havendo de um lado a publicização do direito privado e de outro, uma cada vez maior atividade privada do poder público, ficando a cada passo mais difícil de se estabelecer fronteiras entre o direito público e o direito privado”.⁵⁰⁷

4.4. PESSOA E PERSONALIDADE HUMANAS: SUJEITO E OBJETO JURÍDICOS

A nova moldura e conteúdo delineados pela Constituição aos institutos paradigmas do direito civil (direito privado) foram determinadas, entre outros fatores, pela relevância que a pessoa humana e os valores a ela inerentes, pela sua humanidade, individualidade e pessoalidade, assumiram no mundo jurídico no curso do século XX, gerando uma reestruturação de toda a dogmática sobre a qual se assentava o direito privado.

4.4.1. A pessoa humana na dimensão existencial

⁵⁰⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 57.

⁵⁰⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 94-95.

Por conta de todos esses fatos e fatores sociais, econômicos e políticos que marcaram o século XX, reconheceu-se a necessidade e estabeleceu-se a preocupação de proteger o ser humano como pessoa valorada em função da sua humanidade e da sua individualidade, e tutelar todos os valores da personalidade humana.⁵⁰⁸

O Direito privado, se antes se centrava na figura do sujeito de direito enquanto ente patrimonial e era marcado pelos institutos paradigmas da propriedade, do contrato, do testamento e da família, durante e após todas as modificações e evoluções, passou a identificar como seu eixo nuclear e como a primeira e principal *ratio* de todos seus normativos a pessoa humana na sua dimensão existencial, que passou a prevalecer sobre a dimensão exclusivamente patrimonial da codificação oitocentista.⁵⁰⁹

Trata-se do fenômeno da *repersonalização* do direito, pelo qual o “homem e os valores que traz encerrados em si”⁵¹⁰ passam a centralizar a proteção jurídica, que continua a ser alcançada ao patrimônio, mas não como valor em si, e, sim, como “suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”.⁵¹¹ “Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que existe (e seja considerado) em função do homem”.⁵¹²

Segundo essa visão personalista assumida pela ordem jurídica contemporânea, a noção jurídica de pessoa afastou-se da visão cristã meramente jusnaturalista, pela qual o homem era reconhecido como indivíduo e substância, isto é, existia por si e de natureza racional, sobre a qual se assentou a noção de dignidade da pessoa humana como dado anterior e superior à ordem posta⁵¹³.

⁵⁰⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 56.

⁵⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, 1999, int., nota n. 20.

⁵¹⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 32.

⁵¹¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 33.

⁵¹² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 41.

⁵¹³ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 231.

Igualmente, afastou-se da visão meramente positivista, normativista e formalista prevalente ao tempo do Estado moderno, pela qual foi reconhecida como ente ao qual normativamente se atribui poder para a aquisição de direitos e contração de obrigações, isto é, como centro de imputação de direitos e deveres.

A idéia de pessoa, segundo essa visão personalista da ordem jurídica, passou a ser identificada com a concepção do próprio ente enquanto ser humano, que, como tal, detém personalidade humana e, especialmente, uma dignidade a ser protegida. A pessoa humana, dessa forma, passou a ser visualizada como um dado anterior à ordem jurídica, que, sobre aquela, constrói a noção de personalidade. É um dado pré-normativo⁵¹⁴ que é assumido e aceito pela ordem jurídica, mas não como uma pura aceitação da realidade externa (como faz com a qualidade de objetos e coisas), mas como um dado preexistente que, além de ontológico (a pessoa é), é principalmente axiológico (a pessoa vale)⁵¹⁵, de maneira que a pessoa passa a ser considerada juridicamente em função dos inúmeros valores que lhe são imanentes e que passam a ser identificados no bem da personalidade humana.

Estabelece-se uma síntese indissolúvel na qual o homem passa a valer, “tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar, porque é”⁵¹⁶, sendo inconcebível que um ser humano seja sem valer. A redescoberta da pessoa pelo direito liga-se, enfim, à vinculação da sua proteção “aos valores que lhe são inerentes como garantia e fundamento do seu devir”.⁵¹⁷

Portanto, se ao tempo do Estado Liberal, por força das construções da pandectística alemã, os valores relativos ao “ter” acabaram prevalecendo sobre o “ser”, após o novo perfil do Estado do Bem-Estar Social e a preocupação instalada no século XX com a proteção da pessoa humana e os valores inerentes a

⁵¹⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 41.

⁵¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 231.

⁵¹⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 231.

⁵¹⁷ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p. 42.

ela como ser humano, no mundo jurídico contemporâneo “mais importa o ser, e menos importa o ter”.⁵¹⁸

O ser humano, o seu estatuto jurídico e o desenvolvimento da sua personalidade humana, portanto, passaram a ser o ponto nuclear do Direito e, mais marcadamente, do Direito Civil, que afastou a prioridade anteriormente estabelecida sobre as categorias da capacidade jurídica e do patrimônio.⁵¹⁹ A própria unitariedade da ordem jurídica determinou que essa passasse a ser vista como um todo que, no topo da hierarquia de valores, traz o homem como ser dotado de inalienável, ilimitável e inviolável dignidade e que, numa visão personalista hábil a superar o esvaziamento provocado pelo positivismo⁵²⁰, “não é visto como átomo isolado em face do Estado nem em visão competitiva de ser contra o outro; mas, como ser como o outro”⁵²¹.

O Direito, por conta disso, deixa de ser concebido como um sistema lógico, ao espelho das construções da pandectística, e passa a ser vislumbrado como um sistema ético “a que o homem preside como o primeiro e mais imprescindível dos valores”⁵²², “(...) repousando os fundamentos do ordenamento jurídico na noção de dignidade do ser humano”⁵²³.

4.4.2. A personalidade humana como objeto jurídico

⁵¹⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 42.

⁵¹⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 65.

⁵²⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e Direitos da Personalidade, p. 230.

⁵²¹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e Direitos da Personalidade, p. 232.

⁵²² Orlando de Carvalho apud SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 57.

⁵²³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 57.

Assim como a pessoa humana passou a ser reconhecida, juridicamente, na sua dimensão existencial, como um valor a ser protegido, a preocupação com os permanentes atentados à personalidade humana conduziu a doutrina e a jurisprudência, numa evolução da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do direito natural expresso na Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789, admitirem a existência de uma categoria de direitos pelos quais se reconheceu ao ser humano um conjunto de prerrogativas inerentes à sua essência e existência.

Trata-se dos direitos de personalidade, cuja introdução no pensamento jurídico é atribuída justamente à “proclamação dos direitos do homem por ocasião da Revolução Francesa, em 1789”⁵²⁴, sendo atualmente compreendidos como aqueles “direitos de que goza a pessoa humana sobre o seu próprio ser e vir-a-ser, ou seja, sobre a formação e o desenvolvimento da personalidade humana”.⁵²⁵

Esses direitos exigem para a sua plena compreensão que previamente sejam definidos a concepção e o conteúdo da personalidade humana, cuja proteção passa a ser a “missão primeira e mais importante de todo jurista”.⁵²⁶

a) Personalidade: definição

Ao final do século XIX, por conta de transformações sociais, econômicas e políticas e a redescoberta do valor intrínseco da pessoa humana determinado pela sua humanidade⁵²⁷, o conceito de personalidade passou a ser discutido en-

⁵²⁴ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 37.

⁵²⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 64.

⁵²⁶ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 7.

⁵²⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 61.

tre os civilistas, especialmente os da tardia pandectística alemã, marcadamente representada por Otto von Gierke, na obra *Deutsches Privatrecht*, de 1895.⁵²⁸

Até então, conforme referido (item 2.3.2), por força das construções oitocentistas, a definição de personalidade era limitada à uma visão lógico-formal e patrimonialista, pela qual era perspectivada como um elemento qualificativo do próprio sujeito da relação jurídica, que, pela atribuição de *personalidade jurídica*, era reconhecido como um centro autônomo de direitos e obrigações ao qual, pela *capacidade jurídica*, era atribuída a possibilidade de titularizar direitos e obrigações em concreto.⁵²⁹

A partir do último quadrante do século XIX, o conceito de personalidade sofreu uma reconstrução pela qual não apenas se afastou da categoria da capacidade de direito (ao qual a ligavam Savigny e Bevilacqua), como foi “imediatizada no ser humano”⁵³⁰ como personalidade humana. Então, passou a ser reconhecida como um valor relevante ao ordenamento jurídico⁵³¹, sendo recepcionada não “apenas enquanto elaborada pelo Direito, por ele criada ou instituída”⁵³², mas como um *prius* enquadrado como possível objeto de direitos e deveres e, conseqüentemente, bem passível de tutela jurídica.

A inspiração foi encontrada no significado ético proposto por Kant à personalidade, como “a qualidade ética inerente aos seres humanos, “a liberdade de um ser racional submetido a leis morais”, que nada mais é do que “a faculda-

⁵²⁸ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 66.

⁵²⁹ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 106.

⁵³⁰ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 106.

⁵³¹ Segundo Perlingieri, “Fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de conseqüências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou princípios presentes no ordenamento. Não existe fato que não tenha uma vaoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento” (apud CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 32).

⁵³² PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 14.

de de tornar-se consciente acerca da identidade de si mesmo nas diversas situações de sua existência”⁵³³.

Não obstante, como um valor ainda estranho ao mundo jurídico, a definição de personalidade com esse inovador sentido humano e a limitação do seu conteúdo como objeto jurídico submeteram-se a discussões e construções realizados ao longo de todo o século XX, estando ainda hoje relativamente nebulosos por força da ausência de um consenso geral sobre essa problemática e da querela que ainda pende sobre a ordenação normativa da sua tutela nos diferentes sistemas jurídicos.

Quanto à problemática da sua definição e delimitação, foi agravada na sua resolução pelo fato de o conteúdo da personalidade no sentido humano estar vinculado a dados naturalísticos, que, não tendo origem em construções jurídicas, tiveram de ser extraídos do pensamento científico de “outros ramos da antropologia, mais directamente ligados à compreensão da fenomenologia humana”⁵³⁴, e, por ato de interpretação jurídica⁵³⁵, tiveram de ser selecionados, unificados, valorados e projetados em função dos valores e escopos protetivos fixados no mundo jurídico. Assim se explica por que esses dados científico-culturais foram construídos, num primeiro momento, com “as intenções e os objectivos próprios das ciências que os enunciaram”⁵³⁶, exigindo a uma definição da personalidade humana enquanto bem juridicamente relevante que fossem tratados não segundo uma visão de plenitude, mas relativizados à condição de meros pontos de partida a uma tarefa hermenêutico-jurídica que considerasse, entre outros, fatores como a unidade do sistema, as circunstâncias nas quais os

⁵³³ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 61.

⁵³⁴ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 110.

⁵³⁵ Segundo Sousa, “(...) o conteúdo da ideia de personalidade vem intencionado em função da resolução de problemas jurídicos concretos e por isso mesmo tem de descobrir-se mediante regras de hermenêutica jurídica.” (SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 108).

⁵³⁶ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 113.

normativos protetivos foram elaborados e as condições específicas do tempo em que são aplicados.⁵³⁷

Essa consideração de definições e construções científicas estranhas ao mundo jurídico, aproximando as categorias jurídicas das concepções naturalísticas, provocou, na seara da noção de pessoa e de personalidade humanas, o que Sousa qualifica como

(...) a falência das perspectivas de normativismo puro, que, segundo o pretexto de salvaguardar a autonomia da ciência jurídica, acabam por isolar os dados jurídicos da realidade humana e social e por perspectivar o sujeito de direitos como uma mera “unidade personificada de um complexo de normas jurídicas”, não fornecendo respostas ou explicações adequadas para situações emergentes das necessidades de tutela geral da personalidade humana, em que esta nos surge não como um simples pressuposto da norma mas como um valor directamente relevante para o ordenamento jurídico, (...).⁵³⁸

Entretanto, ressalva Sousa, a remessa da compreensão de alguns dos elementos que estruturam o suporte fático abstrato da hipótese normativa a “conceitos não directamente elaborados pela ciência jurídica, porque não decorrentes imediatamente da estrutura jurídico-normativa”⁵³⁹, não afeta a autonomia do sistema jurídico, que, perdendo aquele carácter fechado pretendido pelo modelo da codificação, admitiu assumir um carácter meramente recognitivo, não atributivo, de algumas de suas categorias, de maneira a, por essa abertura, atingir uma maior correspondência e adaptação à realidade humana, especialmente considerando a sua inerente mutabilidade. Esse é o caso das concepções de pessoa e de personalidade humanas recepcionadas juridicamente segundo a sua feição natural e cultural.

⁵³⁷ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 113. Ao fazer essa ponderação, convém salientar, Sousa parte de uma interessante análise do art. 70, n. 1, do Código Civil português de 1966, cujo texto prevê uma cláusula geral e aberta de proteção da personalidade humana.

⁵³⁸ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 109.

⁵³⁹ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 153.

Nesse ponto, por esses dados naturalístico-culturais e sua recepção, não atribuição, no mundo jurídico, explica-se a afirmativa doutrinária de que a pessoa humana é um dado pré-normativo, que, como tal, tem seu conteúdo e moldura delineados não pela normatividade jurídica, mas por aqueles elementos naturais e culturais, e que, com essa configuração, passa a centralizar a atividade jurídica no sentido de lhe serem garantidos os valores que lhe são inerentes. Para garantir a unidade desse sistema jurídico, a atividade hermenêutico-jurídica realizada sobre esses conceitos naturalísticos e culturais relativos à essência e à existência do homem, além de voltar-se ao reconhecimento, avaliação e projeção dos mesmos no mundo jurídico, também deve direcionar-se à imposição de limites vinculados à própria função do direito e à resolução de contradições de tutela, mas sem afetar aquele conteúdo mínimo que lhe é essencial.

Dentre esses dados naturalísticos a serem considerados na definição e na delimitação da personalidade humana como bem jurídico estão os contributos da biopsicologia e da ética-filosófica na enunciação dos caracteres da estrutura e da dinâmica da personalidade humana. Por conta das suas definições científicas⁵⁴⁰, a personalidade humana foi caracterizada, por um lado, por um “caráter unitário, dinâmico, ilimitável em si mesmo e individualizado (...)”⁵⁴¹, assim como pela sua adaptabilidade ao mundo exterior e sua indivisibilidade, “(...)”, que funde o *homo noumenon* com o *homo phoenomenon*”⁵⁴². Por outro lado, segundo as construções da ética-filosófica, a personalidade humana foi perspectivada no seu conteúdo de acordo com três elementos nucleares: a humanidade, a individualidade e a pessoalidade⁵⁴³, com base nos quais também foi sistematizada como bem jurídico.

⁵⁴⁰ Sousa traz a lume, na biopsicologia, os ensinamentos de Sigmund Freud, Gordon Allport, Eysenck, Lawrence A. Pervin e Alberto Merani (SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 110-111).

⁵⁴¹ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 111.

⁵⁴² Souza refere-se aos ensinamentos de Immanuel Kant na obra *Princípios metafísicos del derecho* (SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 112).

⁵⁴³ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 112.

Segundo o alemão Heinrich Hubmann (1967), a personalidade seria integrada como bem juridicamente relevante, primeiro, pela *dignidade humana* originária da característica da humanidade, ou seja, da estrutura espiritual comum a todos os homens, que os habilita, individualmente, a realizar uma “tarefa de criar cultura, de realizar os valores éticos e de se construir a si”⁵⁴⁴, e por força da qual ocupam uma posição predominante no Universo, especialmente perante os outros animais; segundo, pela *individualidade*, correspondente ao depósito dos caracteres próprios de cada homem, por força do qual é distinguido entre os demais como um ser dotado de originalidade e irrepetibilidade, ou, noutras palavras, a “indivisível unidade e totalidade de cada indivíduo humano, fechada em si mesma, consigo mesma identificada e com um carácter próprio, (...)”⁵⁴⁵, e que é construída, em parte, pela própria natureza, alimentando a originalidade de cada homem, e, noutra parte, é modelada pelo autodesenvolvimento e auto-educação realizados por cada homem, manifestando-se “(...) num concreto modo próprio de ser e numa assumida estrutura própria de valores, (...)”⁵⁴⁶, ensinando a sua irrepetibilidade; e, terceiro, pela *personalidade*, estrutura delineada na personalidade humana pela qualidade inerente ao homem, enquanto indivíduo, de permanecer em constante relação com os outros homens, com o mundo, consigo e com os valores éticos, e, com isso, afirmar e defender a sua individualidade e autonomia.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 144.

⁵⁴⁵ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 144.

⁵⁴⁶ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 144.

⁵⁴⁷ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 144. Essa personalidade humana, enquanto bem jurídico e inserida em normativos jurídicos positivistas protecionistas, traduziria uma cadeia de direitos positivos que Hubmann especializa em função dos referidos elementos nucleares, e que teriam por função, essencialmente, segundo Rudolf Reinhardt, “criar uma base para as tarefas éticas da personalidade e tutelar os valores da personalidade realizados” (apud SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 145, nota 165), como segue: “Desde logo, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos e de uma esfera de autonomia de vontade privada nas suas relações jurídicas, o que se traduziria no direito da personalidade (...). Depois, a possibilitação e a protecção da dinâmica criadora da personalidade e da sua permanente aspiração de valores, o que se espraia no direito ao desenvolvimento da personalidade. (...) Em terceiro lugar, o reconhecimento e defesa no ser da personalidade de um

Todos esses dados e conceitos naturais e culturais, diante da aproximação do direito à realidade, constituíram os parâmetros iniciais para a definição de personalidade humana enquanto bem juridicamente relevante, fazendo parte do seu delineamento jurídico. Os dados marcantes do caráter unitário da natureza humana oportunizaram alcançar uma visão de personalidade humana como um bem jurídico unitário, multifacetado e global, integrado tanto por bens ligados à realidade física do homem e agrupados na idéia do *homo phenomenon*, como a vida e a integridade física, como por componentes espirituais ou morais “resultantes de sua específica racionalidade, que lhe atribui a categoria de centro autônomo, livre, paritário e capaz de concepção e assunção de finalidade de acção”⁵⁴⁸, segundo a concepção do *homo noumenon*, como a moral, a liberdade e a honra.

Outrossim, a dinamicidade imputada à natureza humana, por força da qual cada homem constitui “um ser eminentemente dinâmico, evolutivo, com um ciclo próprio de vida animal, com uma trajetória particular de existência moral e integrado num processo humano comunitário, em que o próprio gênero humano evolui”⁵⁴⁹, determinou que, diferentemente da posição estática e abstrata sobre a qual a personalidade jurídica foi construída no modelo oitocentista segundo a influência da nascente pandectística germânica, a personalidade humana fosse acolhida juridicamente como um bem marcado pelo dinamismo, a ser reconhecido no próprio “teor naturalístico-cultural da personalidade humana de cada indivíduo, que por si mesmo se impõe ao sistema jurídico, e não de uma qualquer hipostasia jurídica da personalidade humana”.⁵⁵⁰

exterior e interior círculo de vida com um certo recheio de forças, de valores e de relações, o que se identificaria com um direito sobre a personalidade (...). Por último, a ratificação do carácter original de cada homem, da singularidade do seu mundo próprio e da individualidade da imagem própria a que aspira, o que emergiria no direito à individualidade” (SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 144-145).

⁵⁴⁸ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 116.

⁵⁴⁹ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 117.

⁵⁵⁰ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 153.

Diante dessa inerente dinâmica, Carvalho afirma inexistir “personalidades humanas em abstrato, mas apenas em concreto”.⁵⁵¹

O conteúdo da personalidade humana enquanto objeto jurídico, dessa forma, foi determinado não apenas em função da essência, mas também da existência humana, de maneira que a pessoa passou a ser “não apenas perspectivada estaticamente, como ser humano, mas também em *dever*, em desenvolvimento”.⁵⁵² O desenvolvimento da personalidade humana foi posto como

(...) pressuposto ontológico para a condição jurídica de pessoa humana: afinal, a condição humana não é algo dado, mas construído de acordo com a trajetória individual de cada personalidade humana concreta. Se não houvesse garantia ao desenvolvimento da personalidade humana, não haveria, pela ausência de suporte fático, uma pessoa humana real, mas apenas potencial.⁵⁵³

No uso e gozo da sua liberdade e fazendo uso do seu poder de autodeterminação, a pessoa humana passou a ser vislumbrada como um “(...) centro de decisão livre, segundo o próprio projecto, situação e possibilidades, independentemente da vinculação a um determinado modelo de personalidade, a uma determinada mundividência, credo ou religião que não seja resultante da própria pessoa como ente dotado de capacidade de escolha – é a pessoa que se auto-institui.”⁵⁵⁴

Conseqüentemente, a proteção da pessoa humana estendeu-se não apenas a um aspecto ou a um conjunto de aspectos particulares, mas à personalidade humana *globalmente considerada*, abrangendo possíveis “novas zonas de relevância (como, por exemplo, novas formas de actividade ou de expressão)”⁵⁵⁵

⁵⁵¹ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 63.

⁵⁵² PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 15.

⁵⁵³ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 64.

⁵⁵⁴ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 15.

⁵⁵⁵ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 15.

e, como “centro autônomo de decisão”⁵⁵⁶, estendendo-se ao “direito ao *desenvolvimento* da própria personalidade (com a sua inerente adaptabilidade ambiental e sócio-econômica)”⁵⁵⁷.

Ainda, a individualidade de cada natureza humana determinou o acolhimento da personalidade humana como bem jurídico tutelável não segundo um modelo abstrato retirado de condições físicas ou socioculturais dominantes, na forma de um arquétipo de normalidade⁵⁵⁸ do tipo *homem médio* ou *cidadão normal e comum*, mas segundo a consideração de cada homem na sua realidade concreta e diferenciada, “na sua inserção concreta na História e na sociedade”⁵⁵⁹, e segundo uma particularização tanto física como moral, em consideração a um efetivo direito à diferença. Sobre a tutela individualizada da personalidade humana, Sousa explica que sempre exigirá “(...) o reconhecimento fenomenológico do *ser* em concreto de cada homem e colidirá com qualquer pretensão de interposição, entre a realidade e a aplicação do direito, de estereótipos de personalidade humana legalmente normatizada.”⁵⁶⁰

Nessa acepção, como bem juridicamente relevante, a personalidade humana afastou-se de uma predefinição abstrata, exigindo uma operacionalização concreta de acordo com a essência e a existência do indivíduo, que, diante de fatos e condições da sua realidade particular, busca a proteção da sua complexidade como pessoa. A realidade que se pretende abranger com a idéia de personalidade humana global e unitária é a de

(...) cada homem em si mesmo, concretizado na sua específica realidade física e na sua particular realidade moral, o que, incluindo a sua *humanidade* (“humanistas”), a-

⁵⁵⁶ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 15.

⁵⁵⁷ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 117.

⁵⁵⁸ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 116.

⁵⁵⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 232.

⁵⁶⁰ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 153.

brange também a sua *individualidade* (“individualitas”), nomeadamente o seu direito à diferença e à concepção e actuação moral próprias, pelo menos, até onde não colidam com quaisquer *tipos*, ou sejam, conjuntos de factos integrantes de cada previsão normativa (*Tatbestände*), de *ilicitude* legitimamente reconhecidos na nossa *comunidade de personalidades* iguais, diversas e complementares.⁵⁶¹

Entretanto, Sousa ressalva, cuidadosamente, que a personalidade humana não seria resumida a uma soma aritmética desses três elementos nucleares – humanidade, individualidade e pessoalidade – porque esses, ao se agruparem,

(...) vão originando um ser com carácter próprio, pleno de dinâmica criadora e de riqueza interior, que pela sua própria natureza possibilita de desenvolver-se e de evoluir e que “se esforça para além do seu círculo de vida interior e exterior e busca as suas fronteiras para perseguir e agarrar o infinito”. Personalidade esta que se torna também original e única pelo modo como contempla, integra e realiza os valores morais e que, assim, se converte e define como “uma conseguida e apropriada realização da imagem do homem através de criador auto-desenvolvimento”.⁵⁶²

Dessa forma, além de um problema jurídico-científico a ser solucionado pela interpretação, integração e sistematização dos normativos de cada ordenamento jurídico, a determinação do conteúdo do bem da personalidade juridicamente relevante também é

(...) um problema de compreensão *científico-cultural*, na medida em que o ordenamento jurídico, face à complexidade, à dinâmica e à ilimitabilidade da personalidade humana, como que provoca um efeito de “boomerang”, limitando-se a declarar tutelada a personalidade humana ou certas expressões dela sem a definir inequívoca e exaustivamente e deixando, conscientemente, ao intérprete a tarefa de a concretizar e de a delimitar, o que este apenas poderá fazer com recurso aos dados a esse respeito fornecidos por certas ciências antropológicas e pela consciência sócio-cultural do respectivo tempo e do lugar em que se coloca o problema de aplicação do direito. (...).⁵⁶³

⁵⁶¹ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 116-117.

⁵⁶² SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 144-145.

⁵⁶³ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 118.

Partindo dessas premissas, em consideração aos valores juridicamente objetivados pela norma protecionista da personalidade, Sousa define a personalidade humana como bem juridicamente relevante, como sendo “(...) o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados”.⁵⁶⁴

Entretanto, essa é uma visão que advém de décadas de discussões científicas influenciadas por relevantes mutações sociais provocadas por fatores econômicos, científicos e políticos. Ao início da percepção da personalidade como bem jurídico, as definições que juridicamente lhe eram atribuídas eram muito mais sintéticas e simplificadas, inclusive por estarem influenciadas pelos valores do positivismo oitocentista, que se negava a reconhecer dados externos àqueles construídos pela própria normatividade. Dessa forma, ao invés de vislumbrar a personalidade humana como um todo unitário, global, dinâmico e evolutivo, essa era perspectivada, predominantemente, como um conjunto integrado por características marcantes, que, fracionados na sua especialidade, eram considerados, isoladamente, como bens da personalidade humana. Essas concepções que medearam a construção definitiva da definição de personalidade humana e do seu conteúdo como bem juridicamente relevante podem ser visualizadas na seara da teoria tipificadora, que, sendo objeto de abordagem logo em seguida (item 2.1.1 da segunda parte), relega-se àquele momento mais propício.

De qualquer forma, sendo vislumbrada como o “conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana.”⁵⁶⁵. Pinto tem o cuidado de ressaltar ser descabido propriamente definir o que é a personalidade humana, uma vez que uma perfeita definição seria “de certa forma uma

⁵⁶⁴ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 117.

⁵⁶⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 35.

limitação”⁵⁶⁶, o que seria inconveniente diante da ilimitabilidade que caracteriza aquela.

Segundo Cortiano Junior, o ordenamento jurídico, ao receber a noção de pessoa, “(...) o faz com toda a carga valorativa de que ela é dotada, e não pode diminuir ou represar esse valor. Pode, por certo, limitar a capacidade de exercício dos direitos reconhecidos, mas não pode alterar seu conteúdo axiológico.”⁵⁶⁷

b) Conteúdo como bem jurídico

Diante dessa ampla aceção da personalidade humana como bem juridicamente relevante, o seu concreto e exato conteúdo não pode ser deduzido “de uma mera análise sincrônica da estática da personalidade”⁵⁶⁸ e, muito menos, ser reduzido, numa sistematização, a uma abstratização de características humanas gerais ou especiais, como honra, imagem, privacidade, identidade, etc.

Esse conteúdo, buscando o melhor ajuste possível à realidade concreta e individualizada de cada pessoa humana, deve ser compreendido “a partir de uma perspetivação do dinamismo da própria personalidade humana”⁵⁶⁹, no sentido de considerar a evolução do indivíduo particularizado e do próprio ser humano como gênero, ajustando-se, no momento da recepção jurídica dos elementos naturalístico-culturais, ao estágio de evolução desses conhecimentos

⁵⁶⁶ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 15.

⁵⁶⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 45.

⁵⁶⁸ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 155.

⁵⁶⁹ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 155.

antropológicos, ao período de desenvolvimento da própria pessoa humana, em concreto, e ao grau de ponderação jurídica a ser realizada sobre os mesmos.

Afinal, segundo ressalva Cunha, os bens da personalidade humana não vêm da natureza ou são adquiridos no tráfego jurídico, mas constroem-se no exercício do poder de autodeterminação da personalidade, realizado num processo interior de reflexão (no exercício da intimidade), sendo produto da experiência, de maneira que a própria pessoa humana determina, em concreto, o conteúdo da sua personalidade.⁵⁷⁰ Dessa forma, “não só a pessoa humana é livre para determinar a sua personalidade humana, como para exercê-la de acordo com os seus próprios interesses.”⁵⁷¹ Por conta dessa complexidade na fixação do conteúdo da personalidade humana, Sousa propõe sistematizá-lo enquanto bem juridicamente relevante considerando dois princípios básicos.

O primeiro, de que, embora a personalidade humana seja unitária e esteja em permanente evolução, é “metamórfica, ou seja, conhece um ciclo de gestação, de crescimento e de decomposição”⁵⁷² que atinge tanto sua existência como seu desenvolvimento racional e espiritual⁵⁷³, de maneira que se faz necessário “ter em conta o conjunto, as fases e as intensidades de todo o processo histórico do ser de cada homem”⁵⁷⁴ para se compreender o efetivo conteúdo real de determinada personalidade humana.

⁵⁷⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 71.

⁵⁷¹ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 71.

⁵⁷² SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 154.

⁵⁷³ Segundo Sousa, “(...) o homem, ao longo da sua existência terrena, conhece um processo físico-biológico de gestação, de nascimento, de crescimento, de maturação, de envelhecimento, de morte, de decomposição e de memorização. Também a nível intelectual, volitivo e espiritual, se verificam processos formativos e de decomposição, distintos mas unificados, desde as formas iniciais de conhecimento sensoriais até a auto-consciência amadurecida, desde as meras reacções instintivas face às condições biofóricas da natureza até aos complexos sistemas de escolha e de prossecução de finalidades próprias e autónomas de acção, desde o perguntar inicial das crianças até ao apuro, por esforço próprio e pela interpenetração social, dos elementos de cosmogonia, de sabedoria, de estética e de esteticidade na consciência humana, desde o reconhecimento das forças dos instintos e dos impulsos próprios até à modelação do temperamento e do carácter.” (SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 155-156).

⁵⁷⁴ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 156.

Por conta disso, buscando perspectivar o bem jurídico da personalidade humana segundo sua dinâmica própria, Sousa sistematiza-o, de acordo com seus ciclos de desenvolvimento, em personalidade humana *pré-natal* (na qual posiciona a condição do nascituro como objeto de tutela jurídica e define o conteúdo do bem juridicamente tutelado da personalidade do nascituro concebido e os limites da sua tutela), personalidade humana *nascida e com vida* (na qual analisa o fenómeno humano desde o nascimento com vida e até o momento da morte, configurando a sua personalidade enquanto criança e jovem de menor idade, enquanto ser possuidor de maioridade legal e calejado pelo envelhecimento humano) e personalidade humana *post mortem* (na qual identifica e analisa os bens da personalidade do defunto, “que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos”⁵⁷⁵).

O segundo princípio, de que a percepção da estrutura da personalidade humana num dado momento histórico implica considerar cada homem como uma concreta unidade físico-psico-ambiental, que, por coordenar-se, agir e projectar-se autonomamente, é marcada por “contradições, internas e externas, com potencialidades e carências, com defeitos e virtudes, com saúde e doença”⁵⁷⁶, ou, noutras palavras, é “composta por uma multiplicidade e diversidade de elementos, internos e ambientais, que integradamente se fundem em conjunto que os ultrapassa, os referencia e os projecta e que em si mesmo tem uma dinâmica própria (...)”⁵⁷⁷, de maneira que o desenho do seu real conteúdo dá-se pela consideração da sua totalidade, inclusive circunstancial. Por conta disso, sabiamente ressalva Sousa,

(...) a identificação de um bem particular da personalidade reflecte apenas o mais imediato de certo corte sectorial da personalidade, exigindo a compreensão do caso con-

⁵⁷⁵ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 189.

⁵⁷⁶ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 154.

⁵⁷⁷ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 199.

creto, normalmente, a consideração de outros sectores da personalidade interligados com aquele bem e, sobretudo, a referência à matriz unificante e englobante da personalidade humana em geral.⁵⁷⁸

Sem desconsiderar esse seu carácter metamórfico, dinâmico e ilimitado, que permite concluir pelo desconhecimento de todos os bens integrantes e a integrar a natureza humana, a ciência jurídica tem procurado sistematizar o elenco dos bens da personalidade humana passíveis de tutela jurídica, no sentido de, pela sua enumeração exemplificativa, e não taxativa (e nem disjuntiva), alcançar um certo grau de certeza e de segurança que permita melhor operacionalizar os seus instrumentos de proteção, especialmente nos sistemas jurídicos que veiculam a sua tutela por uma cláusula geral contida em normativo específico.

Para tanto, a doutrina tem se proposto a descobrir, identificar e inventariar os “bens, as forças e as expressões que em concreto constituem, mais significativa ou comumente, o ser e o estar dessa mesma personalidade”⁵⁷⁹, usando de diferentes critérios para essa classificação.

Hubmann, prevenindo que a enumeração proposta aos bens jurídicos da personalidade não seria exaustiva, mas limitada a refletir os valores da personalidade já reconhecidos como objetos de direitos de personalidade, divide o seu conjunto complexo em três grandes grupos. O primeiro abrangeria os valores relacionados ao *desenvolvimento da personalidade*, vinculados as liberdades de ação, aspiração e criação em geral (de agir, de movimentação, de trabalhar, de associação, de manifestação de pensamento, de reunião, entre outras). O segundo abrangeria “a equipagem do indivíduo”, segundo os valores estruturadores do *direito sobre a personalidade*, e vinculados à existência, espírito, vontade, vida sentimental, vida anímica, relações pessoais. O terceiro, por fim, seria inte-

⁵⁷⁸ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 199.

⁵⁷⁹ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 152.

grado pelos valores vinculados à individualidade, segundo três esferas, a individual a privada e a secreta.⁵⁸⁰

Sousa, por sua vez, procede ao inventário dos elementos componentes da personalidade humana segundo a consideração da “estrutura individualizada bipolar de cada personalidade humana”, ou seja, o fato de esta coenvolver, por um lado, uma particular unidade somático-psíquica, integrada por elementos constitutivos, funções, estados, forças, potencialidades e capacidades, e, por outro, uma singular unidade funcional eu-mundo, na qual este se apresentaria como objeto da vida psíquica personalizada e como o próprio conjunto das forças ambientais em que se situa cada indivíduo. Dentro do complexo unitário somático psíquico, Sousa identifica como bens da personalidade humana enquanto bem juridicamente tutelado, a vida humana, o corpo e seus elementos básicos: o somático, a psique e a saúde, o espírito e seus sistemas fundamentais: os sentimentos, a inteligência e a vontade, e a capacidade criadora do homem e as criações. Na dimensão relacional eu-mundo, identifica uma personalidade humana formada pela identidade, liberdade, igualdade, existência e segurança, honra, reserva (resguardo e sigilo) do ser particular e da vida privada e desenvolvimento da personalidade.⁵⁸¹

Ascensão, diferentemente, identifica três núcleos que caracterizariam a personalidade humana e, conseqüentemente, delimitariam o objeto dos direitos de personalidade:

1. os direitos de personalidade em sentido estrito ou direitos à personalidade. Asseguram a base da personalidade, como os direitos à existência e à integridade física.
2. os direitos à individualidade. São direitos pelos quais o homem se demarca socialmente. Mas compreende-se também a esfera tão importante da privacidade, dando ao homem as condições para realização do seu projeto pessoal.

⁵⁸⁰ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 147-148.

⁵⁸¹ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 203-359.

3. os direitos ao desenvolvimento da personalidade. Compreende-se aqui genericamente as liberdades. O acento é agora dinâmico: a personalidade é também um projeto, que o homem deve realizar em comunhão mas também em autonomia.⁵⁸²

Essas sistematizações, contudo, não acolhem o critério que grande parte da doutrina utiliza à organização e exibição do conteúdo da personalidade humana, a qual tem preferido, talvez por um resquício de influência da dogmática oitocentista, optar pela diferenciação entre a individualidade física da pessoa e sua personalidade moral, como “(...) entidade dotada de poderes da vontade e de finalidades de acção, a que o ordenamento jurídico reconhece autodeterminação e jurisgenia”.⁵⁸³

É o caso de Campo Grande, jurista italiano que entendia que “todo homem é considerado como unidade física e moral” e que o objeto dos direitos da personalidade seria “uma manifestação determinada da personalidade humana, seja física, seja moral”⁵⁸⁴, assim como do brasileiro Amaral, que, ao definir os direitos da personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁵⁸⁵, acaba por sistematizar o conteúdo da personalidade humana segundo os aspectos físico, moral e intelectual da pessoa. O mesmo é feito por Diniz, que, de forma ainda mais detalhada, conceitua os direitos da personalidade como

(...) direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social).⁵⁸⁶

⁵⁸² ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 128.

⁵⁸³ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, p. 109, nota 41.

⁵⁸⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 45.

⁵⁸⁵ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, p. 249.

⁵⁸⁶ Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, p. 154.

Gomes, por sua vez, ressaltando não se tratar a personalidade em si o objeto dos direitos da personalidade, por ser pressuposto de todos os direitos, define o conteúdo daquela como bem jurídico, nas “projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana (qualidades, atributos, expressões), por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção”.⁵⁸⁷ Outra não é a posição de Szaniawski, segundo o qual “(...) o objeto dos direitos de personalidade não se encontra nem na própria pessoa nem externamente, nas pessoas sujeitas a uma obrigação passiva universal, mas nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico”.⁵⁸⁸ Novamente, ao apontar os atributos ou qualidades, o jurista brasileiro sistematiza-o entre a esfera física e a esfera moral.

De qualquer forma, optando ou não por definir o conteúdo da personalidade humana pela diferenciação entre individualidade física e moral, importa sempre considerar o caso concreto, segundo pena de ofensa aos valores que são inerentes à pessoa humana, o caráter dinâmico, unitário e ilimitável daquela, perspectivando a partir da evolução do indivíduo particularizado e do ser humano como gênero. Na atividade hermenêutico-jurídica a ser realizada no momento da recepção dos elementos naturalístico-culturais, impõe-se que sejam considerados, além dos objetivos da norma protetora, o estágio de evolução desses conhecimentos antropológicos, o período de desenvolvimento da pessoa humana individualizada e o grau de ponderação jurídica a ser realizada sobre os mesmos.

⁵⁸⁷ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 151.

⁵⁸⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 50.

CAPÍTULO 5 - SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Partindo dessa concepção e definição de conteúdo da personalidade humana, é possível compreender a razão por que o reconhecimento dos direitos de personalidade provocou uma reestruturação de toda a dogmática sobre a qual se assentava o direito privado oitocentista. Essa reestruturação, contudo, como toda a evolução, verificou-se mediante alterações periódicas e parciais, vinculadas à própria tentativa de sistematização jurídica dos direitos de personalidade frente ao modelo codificado e suas categorias lógico-formais e, posteriormente, em face da descentralização e constitucionalização jurídicas.

A sistematização dos direitos de personalidade, enquanto eficácia da personalidade humana como elemento de um fato jurídico relevante, tornou-se objeto da atenção dos juristas em geral apenas mais recentemente, em estudos que, segundo Cortiano Junior, não alcançam 200 anos, “o que é pouco dentro da história mais que milenar do direito”.⁵⁸⁹ Explica-se a juventude da abordagem justamente pelo frescor das inovações sociais, econômicas, políticas e tecnológicas, que, verificadas ao final do século XIX e a partir do século XX, fizeram novamente da personalidade humana um bem juridicamente relevante, tornando-a objeto de normatividade jurídica.

A ordenação da matéria verificou-se primeiramente em sede doutrinária pela concepção de duas teorias principais que, diferenciadas nos seus fundamentos e instrumentalização, sempre estiveram voltadas a uma finalidade comum, qual seja, a proteção da pessoa humana “no que ela tem de mais essencial: a sua personalidade.”⁵⁹⁰

Por um lado, formulou-se a teoria do direito geral de personalidade, pela qual a personalidade humana produziria, juridicamente, um único efeito, ou seja,

⁵⁸⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 42, nota 20.

⁵⁹⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p.34-35.

um direito único e genérico de personalidade, que alcançaria a todos os aspectos e manifestações dessa, sendo suficiente, por isso, à sua ampla proteção. Por outro lado, construiu-se a teoria tipificadora dos direitos de personalidade, pela qual a personalidade humana produziria, enquanto objeto de normatividade jurídica, direitos tipificados, originados e caracterizados a partir do fracionamento daquela, segundo os seus diversos atributos.⁵⁹¹

Nesse ponto, portanto, visando expor a proteção que contemporaneamente se estende à personalidade humana por conta da dimensão existencial pela qual a pessoa humana passou a ser reconhecida juridicamente, proceder-se-á à abordagem da sistematização normativa dos direitos de personalidade segundo essa compreensão bipartida, apontando os fundamentos de cada uma das teorias que lhe deram contorno inicialmente, identificando os critérios adotados às respectivas sistematizações, explicando a natureza jurídica dos direitos reconhecidos em cada qual e analisando a sua suficiência como forma de controle social das ofensas e atentados cometidos à personalidade humana.

5.1. DIREITOS DE PERSONALIDADE TIPIFICADOS

Previamente à definição dos *direitos de personalidade*, impõe-se uma inicial distinção de todos os demais direitos que, pela entrada do ser humano no mundo jurídico como pessoa dotada de aptidão à aquisição de direitos e deveres⁵⁹², são passíveis de serem titularizados pela mesma como sujeito de relação

⁵⁹¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 87.

⁵⁹² Segundo Pontes de Miranda, “a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico” (Tratado de direito privado, p. 5).

jurídica.⁵⁹³ Como bem lembra Pontes de Miranda, “a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; (...)”⁵⁹⁴. Assim, numa leitura inicial, seria possível afirmar que todos os direitos são direitos da personalidade, ou seja, da pessoa como ser humano dotado de personalidade. O próprio Pontes de Miranda, em definição não exata dos direitos da personalidade e realizada segundo a noção de pessoa consagrada nas codificações oitocentistas, apenas referiu estarem “todos ligados à personalidade”.⁵⁹⁵ Esses direitos, contudo, não são direitos de personalidade, mas direitos da pessoa como ente inserido na relação jurídica e que tem por objeto um bem ou a vontade de outro sujeito.

Os direitos de personalidade, diferentemente, enquadram-se em classe específica de direitos ligados à pessoa, na qual o objeto desvincula-se da atuação com o mundo exterior e vincula-se à parte intrínseca da pessoa humana, envolvendo os bens essenciais e inerentes a ela enquanto ser humano, visualizados nas manifestações e nos atributos da sua personalidade naquela dimensão existencial descoberta juridicamente no mundo contemporâneo, como vida, liberdade, nome e honra⁵⁹⁶, e que, conforme exposto (item 4.2.2), ainda é predominantemente estruturado na divisão entre individualidade física e individualidade moral.

Prevalecendo esse entendimento de que os direitos da personalidade têm por objeto os bens essenciais e inerentes à pessoa humana, possibilita-se, pela sua nuclearidade, distingui-los da categoria paralela dos direitos patrimoniais (obrigacionais e reais), caracterizados por serem exercidos pela pessoa, mas sobre bens jurídicos exteriores e sempre representativos de um valor econômi-

⁵⁹³ Elimar Szaniawski diferencia pessoa de personalidade, caracterizando aquela como o ser humano singularmente considerado portador de direitos e obrigações e personalidade como a aptidão do homem para exercer direitos e obrigações reconhecidos pela ordem jurídica (Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 20).

⁵⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, p. 5.

⁵⁹⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, p. 6.

⁵⁹⁶ Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, existem direitos individuais, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente (Direito civil brasileiro, p. 153).

co. Segundo França, que define os direitos da personalidade como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção no mundo exterior”⁵⁹⁷, essa marca da ligação à pessoa que os titulariza possibilita diferenciá-los não apenas dos direitos patrimoniais, mas também dos direitos de família, na medida em que esses são igualmente exercidos fora da pessoa, no âmbito jurídico específico da família, por vezes também não contando com avaliação econômica.

Além dessa inerência e essencialidade à pessoa humana, Gomes⁵⁹⁸ particulariza os direitos da personalidade pela finalidade da sua tutela, qual seja, resguardar a eminente dignidade da pessoa humana contra as práticas e os abusos atentatórios decorrentes de sua própria negativa como direitos subjetivos numa tendência política de desprestígio da pessoa humana, e dos progressos científicos e técnicos.⁵⁹⁹ Ou, nas palavras de Amaral, “agir em defesa dos bens e valores essenciais da personalidade”⁶⁰⁰.

Se, entretanto, em todas essas definições é possível constatar o elemento comum de serem direitos essenciais e inerentes à pessoa, convém trazer a ressalva de Pontes de Miranda, pela qual o direito da personalidade “não é direito sobre a própria pessoa; é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (= entrada, no mundo jurídico, do fato do nascimento do ser humano com vida)”⁶⁰¹. Assim, é por ele definido como “todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas.” Nessa concepção, Pontes de Miranda ainda se encontrava parcialmente arraigado aos ditames da dogmática oitocentista, vinculando a personalidade a uma construção normativa.

⁵⁹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil, p. 935.

⁵⁹⁸ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 149.

⁵⁹⁹ Orlando Gomes traz a definição de outros pensadores, como a de Gierke – “são aqueles que asseguram ao sujeito o domínio sobre uma parte da própria esfera da personalidade”; Ferrara – “faculdades específicas sobre diferentes partes de nossa esfera pessoal; e Federico de Castro – “são direitos que concedem um poder às pessoas para protegerem a essência de sua personalidade e suas qualidades mais importantes” (Introdução ao direito civil, p. 150).

⁶⁰⁰ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. p. 250.

⁶⁰¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, p. 6.

Para nominar essa categoria especializada, a doutrina nacional consagrou a expressão “direitos de personalidade” utilizada por Otto von Gierke no final do século XIX, sendo acolhida, legislativamente, no próprio Código Civil brasileiro em vigência⁶⁰² e por doutrinadores de renome como Limongi França, Orlando Gomes e Antônio Chaves.⁶⁰³ Contudo, não se desconsideram expressões da doutrina alienígena, bastante farta, nesse sentido, especialmente considerando as diferentes concepções sobre a natureza e o objeto desses direitos, como “direitos individuais”, por Garrigues e Kohler no fim do século XIX; “direitos sobre a própria pessoa”, por Wachter, Windscheid e Campo Grande; “direitos de estado”, por Muhlenbruch; “direitos personalíssimos”, por Eduardo Espínola e pelos italianos Pugliati e Rotondi; “direitos fundamentais da pessoa” ou “direitos essenciais da pessoa”, por Ràva, Gangi, De Cupis e Tobeñas; ou, por outros, “direitos subjetivos essenciais”, “direitos originários”, “direitos inatos”, “direitos da individualidade”.⁶⁰⁴

Segundo De Cupis, os termos “direitos personalíssimos” e “direitos pessoais” seriam equivocados para determinar os direitos de personalidade, em razão daqueles serviriam para denominar o direito *intuitu personae* e, estes, para denominar outros direitos além dos direitos da personalidade. O mesmo afirma o doutrinador italiano sobre a designação “direitos inatos”, pois a modificação da consciência moral e da forma de ver do ser humano em sociedade provoca a modificação do âmbito dos direitos essenciais à personalidade, que recebem regulamentação específica, vinculando-se “ao direito positivo tal como os outros direitos subjetivos”.⁶⁰⁵

⁶⁰² Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002.

⁶⁰³ FRANÇA, Limongi. Direitos de personalidade, p. 935; GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 150.

⁶⁰⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 71; FRANÇA, Limongi. Manual de direito civil, p. 935; GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 150; BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, 2004, p. 2; MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 37.

⁶⁰⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 46.

Dessa forma, proceder-se-á à abordagem dessa categoria de direitos, segundo o enfoque da teoria tipificadora, utilizando a dominante denominação *direitos de personalidade*.

A ordenação dos direitos de personalidade, em sede doutrinária, foi construída, paralelamente à Teoria do Direito Geral de Personalidade, pela Teoria Tipificadora dos Direitos de Personalidade, pela qual a personalidade humana produziria, enquanto objeto de normatividade jurídica, direitos tipificados, originados e caracterizados a partir do fracionamento daquela em bens tão inúmeros quanto os seus diversos atributos.

O fundamento jurídico dessa concepção atomística dos direitos de personalidade, os critérios adotados a partir desse fundamento para a sistematização desses direitos e a natureza jurídica atribuída a esses direitos não eram desconhecidos da ciência jurídica ao tempo da sua formulação, na medida em que encontrados dentro daquela lógica formal aplicada à construção do sistema jurídico interno e fechado criado pela pandectística alemã.

Não obstante, considerando a discussão estabelecida sobre os mesmos durante essa construção e a sua especificidade a essa categoria de direitos, impõe-se sua abordagem individualizada, inclusive como base para a ressystematização que doutrinariamente vem sendo proposta a essa categoria, e que será objeto de abordagem específica (capítulo 6).

5.1.1. Fundamentos: positivismo jurídico

A Teoria Tipificadora dos direitos de personalidade teve a sua gênese nas construções da Escola Histórica do Direito (item 2.1.2, *supra*) e, sobretudo, no pensamento jurídico positivista, cuja exclusão de qualquer outra norma que não fosse posta pela autoridade estatal e a busca por certezas e precisão em

favor de uma segurança jurídica impuseram que aquela propusesse o reconhecimento dos direitos de personalidade apenas quando positivados objetivamente em espécies fracionadas e tipificadas, refutando a idéia de um direito geral de personalidade. De acordo com Szaniawski,

as normas jurídicas e sua aplicação exclusiva a partir do sistema posto, a tipificação legal das categorias jurídicas, sem se ater aos valores extra-jurídicos, como os de caráter econômico, ético, político, médico ou religioso, resultaram na fragmentação do *direito geral de personalidade*, em diversos direitos de personalidade autônomos, a serem tipificados em lei.⁶⁰⁶

A concepção dos direitos de personalidade como espécie de direitos originários das relações jurídicas privadas adveio da “necessidade crescente de proteger a personalidade no Direito Privado”⁶⁰⁷ e condicionou-se, na sua existência como tal, a uma tipificação necessária, no sentido de serem previstos legalmente todos os aspectos da personalidade que fossem considerados relevantes juridicamente, outorgando aos seus titulares o poder de, com base nesse direito objetivo positivado, buscar a sua respectiva proteção.

Adriano de Cupis, segundo Szaniawski, como forte representante da doutrina italiana, admitia a existência e a tutela somente daqueles direitos de personalidade fracionados e tipificados em lei, “advogando pelo reconhecimento de sua exclusiva natureza positiva”⁶⁰⁸, uma vez que a teoria dos direitos inatos, segundo o jurista italiano, seria a “base das declarações de direitos do homem e do cidadão, tendo surgido como uma reação do indivíduo contra o *super poder* do Estado de polícia”⁶⁰⁹, não encontrando aplicação, dessa forma, na seara do direito privado.

Dentre os brasileiros, Gomes é taxativo em afirmar a natureza positiva dos direitos de personalidade. Segundo ele, “a teoria dos direitos de personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se sua construção se apóia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade

⁶⁰⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 43.

⁶⁰⁷ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 150.

⁶⁰⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 48.

⁶⁰⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 48.

dos bens jurídicos em que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos.”⁶¹⁰

No início do século XX, dessa forma, a maioria dos países europeus, por ter seu sistema jurídico vinculado ao positivismo jurídico, tutelou a personalidade humana pelo reconhecimento legal de alguns atributos multifacetados da personalidade. A proteção, contudo, por essa limitação positiva, estendia-se ao respectivo atributo ou aspecto da personalidade humana, não a essa como um todo convertido em bem juridicamente relevante.

Os sistemas seguidores da teoria tipificadora, dessa forma, como forma de alcançar a necessária tipificação, fracionaram os direitos da personalidade segundo as diversas manifestações ou atributos da personalidade do homem, apresentando-as como partes autônomas, não como peças integrantes e interligadas de um conjunto unitário.⁶¹¹

A Teoria Tipificadora, dessa forma, ao encontro da “nova ordem construída e a sistematização fechada do direito, conduziu o *direito geral de personalidade* a passar por um estado de dormência, até meados do século XX”.⁶¹² A pessoa humana, na sua essência e na sua existência, recebeu proteção jurídica não sobre a totalidade dos valores que lhe são inerentes, mas apenas em aspectos tipificados, reconhecidos como bens juridicamente relevantes, distante da concepção da personalidade humana como um todo unitário e complexo.

5.1.2. Tutela bipartida: direito público e direito privado

⁶¹⁰ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 152.

⁶¹¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 50.

⁶¹² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 44.

A tutela jurídica do homem e da personalidade humana, segundo o enfoque do positivismo jurídico codificado (item 1.3.3) e sua conseqüente Teoria Tipificadora, foi sistematizada, na sua gênese, em consideração à clássica divisão bipartida do Direito em direito público e direito privado (item 1.3.3, 'a'). Houve uma bipartição da tutela dos direitos de personalidade em duas grandes espécies correspondentes aos direitos públicos de personalidade e aos direitos privados de personalidade, pretendendo-se, por cada qual, preservar o homem e a sua personalidade dos atentados praticados, respectivamente, pelo Estado e por outros particulares.

Dentre os direitos públicos de personalidade foram enquadrados todos aqueles direitos originários inerentes ao homem, que, segundo a Teoria dos Direitos Inatos, foram sustentados na sua existência pela Escola do Direito Natural (item 1.3.1, 'a'), tendo por objetivo limitar e controlar a atuação do Estado, exigindo-lhe uma postura de abstenção favorável à liberdade política dos seus cidadãos, e que já haviam sido objeto de previsão e tutela expressa, na forma de *direitos fundamentais*, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶¹³, como direito a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade e à resistência à opressão. Se “a teoria contratualista supôs a existência de um Estado perante o qual os indivíduos depunham sua liberdade em troca da proteção que dele receberiam, o que gerou a categoria dos direitos inatos”⁶¹⁴, a teoria dos direitos de personalidade foi elaborada, na sua origem, como uma “reação surgida contra o domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo”⁶¹⁵, mais especificamente, os regimes totalitários que marcaram o século XX.

⁶¹³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 43. Szaniawski ainda tipifica ao lado dos direitos públicos de personalidade e dos direitos privados de personalidade, segundo o enfoque da teoria tipificadora, a existência de uma terceira espécie que nomina direitos de personalidade sociais, que corresponderiam a “direitos originários da evolução de certos direitos humanos de categoria social e econômica” (direito à saúde, ao trabalho, à informação, ao silêncio, etc) (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 50).

⁶¹⁴ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 35.

⁶¹⁵ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 35.

Os direitos de personalidade privados, costumeiramente nominados simplesmente de direitos de personalidade, por sua vez, passaram a abranger “os mesmos direitos de personalidade públicos, todavia observados e aplicados nas relações entre particulares, quando houvesse prática de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro”.⁶¹⁶ De acordo com Pinto,

os direitos de personalidade são, em grande parte, o correspectivo privatístico dos direitos fundamentais, que incidem sobre bens da personalidade (...). Aqueles direitos, que incidem sobre a personalidade humana globalmente considerada ou em algumas das suas particulares refrações ou aspectos, têm, na verdade, tendencialmente como objecto dimensões essenciais à pessoa humana, e, portanto, correspondem normalmente a direitos fundamentais, (...).⁶¹⁷

Estabelecia-se, assim, para a tutela dos mesmos aspectos da personalidade humana, direitos de diferentes espécies, diversificados em face do agente ofensor e da sua localização em distintas esferas do mundo jurídico.

Segundo Szaniawski⁶¹⁸ e Ascensão⁶¹⁹, os irmãos Mazeaud, em ensinamento seguido por Mattia⁶²⁰, apontavam a distinção entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade em razão daqueles terem por escopo a proteção dos direitos essenciais do homem contra a arbitrariedade do Estado e encontrarem, por isso, o seu âmbito próprio, no Direito Público, enquanto os direitos de personalidade revelariam os mesmos direitos fundamentais previstos na esfera pública, mas segundo o ângulo do direito privado, numa defesa voltada não mais à usurpação pela autoridade, mas contra os ataques dos particulares.

Para a garantia de cada qual desses direitos, eram direcionados normativos específicos, com vigência e eficácia autônomas, sofrendo aplicação desco-

⁶¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 44.

⁶¹⁷ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 9.

⁶¹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 29.

⁶¹⁹ CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade, p. 60.

⁶²⁰ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 37.

nectada e submetida a princípios próprios à esfera do mundo jurídico no qual cada um era enquadrado. Os direitos de personalidade pertenceriam apenas ao direito privado, sendo sujeitos à proteção no direito civil, ao passo que, paralelamente, os direitos fundamentais do homem e do cidadão pertenceriam ao direito público, encontrando seu reconhecimento nas declarações de direitos e nas constituições pátrias.⁶²¹

a) Direito público

Por força dessas construções na seara do direito público os direitos públicos da personalidade foram objeto, inicialmente, das resoluções das diversas declarações e convenções internacionais e, posteriormente, por influência dessas, dos normativos de diversas constituições dos países, especialmente dos signatários daquelas.

Assim se explica porque a teoria dos direitos de personalidade foi elaborada, na sua origem, como uma “reação surgida contra o domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo”⁶²², mais especificamente, os regimes totalitários que marcaram a primeira metade do século XX, cuja extinção exigia o comprometimento político dos novos governos pelo seu não restabelecimento.

No que se refere às declarações de direitos, foram promulgadas, à semelhança da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para reforçar as disposições relativas aos direitos individuais, assim como para completá-la pela previsão dos “direitos sociais dos indivíduos”, esquecidos por aquela diante da exclusiva preocupação na época prevalente com o “aspecto individualis-

⁶²¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 29.

⁶²² MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 35.

ta, de acordo com os princípios iluministas que inspiraram a Revolução francesa e a Assembléia Nacional”⁶²³.

Das declarações internacionais que se sucederam à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, as mais famosas, segundo Szaniawski⁶²⁴, são a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão votada em 19 de fevereiro de 1949 pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, cujos artigos 1º, 2º e 3º merecem destaque⁶²⁵, e a Declaração Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, promulgada em 4 de novembro de 1950, que solidificou os princípios outorgados pela Declaração de 1949, merecendo destaque o seu artigo 8º.⁶²⁶

A partir dessas Declarações passou, a pessoa, a ter garantias de seus direitos fundamentais com a proteção assegurada de sua vida, de sua honra, de sua liberdade, de sua integridade física e psíquica, da igualdade, da intimidade, do segredo, etc., nas Constituições e nas leis dos povos que referendariam e inseririam em suas legislações os mencionados direitos.⁶²⁷

Segundo Chaves, a Declaração de 1949, “como simples Recomendação que é da Assembléia Geral das Nações Unidas, não cria, por si mesma, obrigações jurídicas para os Estados-membros da Organização”⁶²⁸, limitando-se a sua contribuição pelo reflexo das suas disposições inevitavelmente provocado sobre os respectivos textos constitucionais ou legais.

⁶²³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 26.

⁶²⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 25.

⁶²⁵ Chaves cita essa Declaração segundo a referência da resolução aprovada na “III Seção Ordinária da Assembléia Geral da Nações Unidas, levada a efeito em Paris, aos 10.12.1948” (CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade, p. 58).

⁶²⁶ Szaniawski traduz livremente o texto desse dispositivo (“Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance”) como sendo “Toda pessoa possui o direito ao respeito à sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência” (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 49).

⁶²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 26.

⁶²⁸ CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade, p. 58-59.

Previamente a essas declarações paradigmas, pode-se citar outras tantas declarações fundamentais de direitos da humanidade, “desde a Magna Carta outorgada pelo Rei João sem Terra, em 1215, passando pela Grande Carta de Henrique III, de 11.2.1225, pelo Bill of Rights de 1689, pela Declaração de Direitos da Virgínia, de 12.6.1776, (...)”.⁶²⁹

Mais recentemente, outras declarações e convenções internacionais continuaram a renovar as resoluções voltadas à ampla tutela da pessoa e da personalidade humana. É o caso da Convenção Européia dos Direitos do Homem, promulgada em 1990, e do Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis, celebrado em 1966.⁶³⁰ E, ainda, especificamente voltada à proteção da personalidade das crianças e dos adolescentes, principalmente em face dos atentados sofridos no círculo familiar (inclusive por litígio entre seus genitores), há a Declaração dos Direitos das Crianças, formada pelas conclusões extraídas da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças de 20 de novembro de 1989.⁶³¹

Por fim, Elimar SZANIAWSKI menciona como normativo com eficácia internacional voltado à afirmação do direito à vida – “expressão máxima da personalidade humana”⁶³² -, promulgado na última década do século XX, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direito Humanos Referentes à Abolição da Pena de Morte, adotado pela XX Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, realizada em 8 de junho de 1990 em Assunção, no Paraguai, o qual, assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 56, de 19 de abril de 1995.

⁶²⁹ CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade, p. 58.

⁶³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 50.

⁶³¹ Szaniawski retrata o texto dos artigos 7º e 8º dessa Declaração (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 52-53).

⁶³² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 54.

O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação do referido Protocolo, em 13 de agosto de 1996, com a aposição de reserva, nos termos do artigo 2º, no qual é assegurado aos Estados-partes o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra, de acordo com o direito internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar, passando, o mesmo, a vigorar, para o Brasil, em 13 de agosto de 1996, sendo regulamentado pelo Decreto 2.754, de 27.08.1998.⁶³³

Por influência dessas declarações e convenções internacionais, consideradas direito vigente nos países signatários que as referendaram, especialmente das promulgadas proximamente em meados do século XX, as constituições desses países passaram a buscar, além da simples normatização da estrutura, funções e finalidade do Estado, também a proteção da pessoa e da personalidade humana pelo poder constituído em face dos desmandos e da violência do poder constituído. As constituições dos países democráticos, seguidas das constituições do pós-guerra, trouxeram *cartas de direitos* segundo a forma de um compromisso político de proteger a pessoa humana pela garantia dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, dentre os quais os direitos públicos da personalidade, segundo a natureza de direitos naturais ou inatos, à semelhança dos direitos originários sustentados pela Escola do Direito Natural. Segundo Cortiano Junior, “(...) as Constituições ocuparam-se de proteger a personalidade porque o direito dos códigos deixou este espaço. Ao se ocupar apenas (ou dar maior ênfase) dos aspectos patrimonialísticos da pessoa humana, criou-se um vácuo, preenchido pela proteção constitucional à personalidade humana.”⁶³⁴ É o caso das constituições da Alemanha, de Portugal e da Itália, que trazem como princípio informador de todo o seu respectivo ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana.

Os normativos nos quais eram positivados os respectivos direitos públicos de personalidade, contudo, considerando a sua natureza constitucional ou internacional, foram inicialmente visualizados como meras fontes de compromisso político ou hermenêutica jurídica, sendo-lhe negada uma carga de normatividade efetiva.

⁶³³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 54.

⁶³⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 36.

Ainda no âmbito do direito público, alguns aspectos da personalidade humana, por sua relevância extrema, foram objeto de proteção na seara penal, pela tipificação de delitos relacionados especialmente às ofensas perpetradas contra a vida, a integridade física e a honra, como bens juridicamente relevantes, como é o caso dos crimes de homicídio, lesão corporal, calúnia, injúria e difamação. O fundamento dessa proteção, contudo, conforme ressalta Eroulths CORTIANO JUNIOR, não era a pessoa na sua dignidade humana, mas “a perseguição da paz e harmonia sociais [uma vez que] a pessoa é então protegida por ser membro de uma sociedade”.⁶³⁵ No Brasil, o jurista França aponta a proteção ao nome na seara penal, através da tipificação do crime de usurpação no artigo 185 do Código Penal brasileiro.

b) Codificações oitocentistas

Na esfera do direito privado, por sua vez, os direitos de personalidade passaram a ser timidamente reconhecidos na sua existência tipificada, fracionados em poucos tipos legais, como um instrumento à supressão das lacunas existentes entre os direitos fundamentais e os bens essenciais à formação e ao desenvolvimento da personalidade humana, que determinavam a insuficiência da tutela pública em face da atuação ofensiva de particulares, especialmente no que se refere à preservação da intimidade da pessoa humana - “fonte de irradiação da pessoa humana”⁶³⁶.

Diante da concepção da restrição do direito privado ao sistema fechado e excludente da codificação civil, essa tipificação, mesmo que tímida, foi realizada em poucos normativos dos códigos civis e, posteriormente, diante do movimento

⁶³⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 34.

⁶³⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 70.

de descentralização do direito privado por leis extravagantes e microssistemas, foi efetivada em inúmeros dos dispositivos nestes incluídos diretamente à pessoa para a qual era dirigida as suas proteções especializadas.

A concepção oitocentista do conceito de personalidade e a visão exclusivamente patrimonialista da relação jurídica provocaram a decadência do interesse e do estudo sobre a pessoa humana em si e o apogeu das categorias da capacidade jurídica e do patrimônio, tanto científica como juridicamente, no direito dos países europeus.

A partir de Aubry e Rau, é possível vislumbrar a decadência dos estudos sobre a pessoa humana em favor daqueles a respeito da capacidade jurídica e do patrimônio, já que juridicamente relevante passa a ser o patrimônio e não a pessoa que é dele titular. Do ponto de vista técnico jurídico, o estudo da pessoa enquanto complexo patrimonial é o único que passa a se revestir de alguma importância para o Direito civil.⁶³⁷

Na teoria oitocentista, portanto, visualizou-se e reconheceu-se a pessoa humana, juridicamente, apenas como complexo patrimonial, ou seja, como ente ao qual se atribuía um poder jurídico de atuação sobre bens e apto a adquirir direitos subjetivos sempre patrimoniais. Segundo Sousa, apesar de as codificações civis oitocentistas serem subseqüentes às revoluções liberais, “(...) os próprios direitos fundamentais, embora calorosamente apregoados, eram as mais das vezes deixados no remanso das declarações constitucionais ou dos discursos políticos da época, sem uma adequada tutela a nível do direito civil.”⁶³⁸

O direito civil e os códigos civis europeus, dessa forma, na sua grande maioria, foram dirigidos à disciplina do patrimônio daquele sujeito de direito, no sentido de acolher as relações jurídicas por meio das quais atuava no exercício

⁶³⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 28.

⁶³⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 70.

da sua liberdade de autodeterminação, adquirindo direitos pessoais ou reais e, assim, formando um patrimônio.

Relativamente à pessoa humana, essas codificações europeias, marcadas pela Escola Histórica do Direito e pelo positivismo jurídico, limitaram-se a protegê-la em aspecto específico da sua integridade física ou moral, tipificando alguns poucos direitos especiais de personalidade, que, apesar de terem representado um alargamento da tipificação da sua tutela, não implicaram o reconhecimento do direito geral de personalidade e nem advieram de preocupação em estabelecer uma ampla proteção nesse sentido.⁶³⁹

b.1) Código Civil alemão (BGB)

Previamente ao Código Civil alemão – BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), promulgado em 18 de agosto de 1896 e vigente a partir de 1º de janeiro de 1900, a tutela civil da personalidade humana no direito alemão ainda era instrumentalizada pela *actio iniuriarum* do direito romano, que assumia a forma de uma cláusula geral de proteção.⁶⁴⁰ A discussão entre os juristas em geral centrava-se, essencialmente, sobre a admissão da existência da categoria abstrata do *ius in se ipsum* – direito sobre a própria pessoa, de fundo essencialmente humanista (item 2.3.2, letra ‘a’).⁶⁴¹

⁶³⁹ Numa minoria, outras codificações europeias mantiveram-se fieis às construções jusracionalistas, preocupando-se pela proteção da pessoa enquanto ser humano e reconhecendo a existência de um direito geral de personalidade, como é o caso do Código Civil austríaco e do Código Civil suíço, segundo será abordado no item 2.2.1 deste capítulo.

⁶⁴⁰ Sobre essa cláusula e a instrumentalização da proteção à personalidade humana no período que precedeu à vigência do Código Civil alemão de 1900, observar a análise procedida no item 2.2.2 do segundo capítulo, cujo conteúdo, por questão de lógica de abordagem, é relegado a momento posterior, não obstante sua precedência cronológica.

⁶⁴¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 129.

O advento do Código Civil alemão, “o mais expressivo marco legislativo do pensamento jurídico oitocentista”⁶⁴², veio a modificar essa realidade. Ao tratar das pessoas humanas na sua Parte Geral, inclusive titularizando o capítulo segundo a designação “Pessoas Humanas”, o Código Civil alemão trouxe toda a regulamentação nela inserida voltada à disciplina da capacidade jurídica e de exercício, não trazendo normas relativamente à pessoa em si, como ser existencial, nem muito menos uma “previsão legal que autorize a presunção da existência de uma cláusula geral destinada a proteger amplamente a personalidade da pessoa”⁶⁴³, especialmente considerando inexistir no Código Civil alemão uma cláusula geral de responsabilidade civil por danos provocados por atos ilícitos, semelhantemente ao artigo 1.382 do Código Civil francês.⁶⁴⁴

Relativamente à pessoa humana, o Código Civil alemão, no seu par. 12, apenas reconheceu a existência, como um direito subjetivo com caráter absoluto, do *direito ao próprio nome*, restringindo a proteção às pretensões de omissão e de eliminação do nome.⁶⁴⁵ Outras manifestações ou aspectos da pessoa humana em si foram considerados não merecedoras de proteção, senão quando representativos de um prejuízo patrimonial, que, por essa natureza material, alcançava uma proteção, não por conta do objeto da ofensa, mas do seu resultado, de maneira que a sua proteção era alcançada somente em sede de “indenização civil por danos face à lesão, (...)”.⁶⁴⁶ Mas essa proteção, considerando o teor da disposição contida no par. 826 do BGB, apenas se verificava em relação aos danos originários de atos dolosos e contrários aos bons costumes.⁶⁴⁷

⁶⁴² CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 28, nota 50.

⁶⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 46.

⁶⁴⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p.134, nota 134.

⁶⁴⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 46.

⁶⁴⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 133.

⁶⁴⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 30.

O par. 823, em sua alínea II, do BGB, ainda previa a proteção indenizatória aos danos originários de “infração de um direito que proteja outra pessoa”⁶⁴⁸, tendo por objetivo, portanto, a proteção indireta de interesses de personalidade de outra pessoa. Não obstante, “(...) os deveres de indemnização previstos no §823/II BGB procedem tão só de infracções às previsões de leis destinadas à protecção de outrem (as chamadas Schutzgesetze), pelo qual têm também um enquadramento circunscrito.”⁶⁴⁹

Por fim, o par. 823, na sua alínea I, em disposição na qual Oliveira e Muniz identificaram o “alargamento da tipificação da tutela da personalidade”⁶⁵⁰ no Código Civil alemão, previa a responsabilidade civil por ofensas aos principais bens da personalidade humana, tipificando-os como a vida, o corpo, a saúde, a liberdade e a propriedade. Destacou-se por ainda prever a responsabilização “face a um ‘outro direito de outrem’”, disposição essa que, por sua abertura, propiciou margem de manobra⁶⁵¹ para, mais tarde, operacionalizar o acolhimento do direito geral de personalidade no direito alemão.

Entretanto, ao tempo da promulgação do BGB e durante décadas, compreendeu-se que o seu par. 823, em que pese previsse essa proteção indenizatória a bens tipificados da personalidade humana e apesar de equipará-los a direitos subjetivos para a hipótese de sua lesão, “não os *subjectiva* na esfera jurídica do seu beneficiário, não atribuindo a este, face a tais bens, e em maior ou menor medida, poderes autônomos de titularidade, de assunção e de disponibilidade”.⁶⁵² A sua proteção foi concedida, apenas, segundo uma “perspectiva que Perlingieri considerou “estranhamente patrimonial”, eis que “à violação de bem

⁶⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 30; SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 46.

⁶⁴⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p.134, nota 134.

⁶⁵⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 224.

⁶⁵¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p.134, nota 134.

⁶⁵² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 133-134.

que pertenceu à categoria do ser e à própria existência do homem é contraposta sanção que não diz respeito ao ser, mas ao ter.”⁶⁵³

Dessa forma, apesar da precedente doutrina protecionista da personalidade humana, as disposições contidas no Código Civil alemão provocaram a desumanização do próprio direito privado alemão, que ganhou feições científicas e jurídicas essencialmente patrimoniais, sendo centrado no patrimônio como universalidade de bens apta a ser construída por um sujeito de direito juridicamente capaz. Doutrinariamente, a grande maioria dos juristas alemães passou a negar a existência de um direito geral de personalidade e a admitir, excepcionalmente, como únicos direitos subjetivos de personalidade o direito ao nome, à própria imagem e à autoria moral, “por entenderem que só nestes casos se verificavam os pressupostos dos verdadeiros direitos subjetivos”.⁶⁵⁴

A modificação também foi verificada em sede jurisprudencial, seara na qual vinha sendo construída “a doutrina do direito geral de personalidade e a proteção da personalidade humana”.⁶⁵⁵ A vigência do BGB e o conteúdo de suas disposições levaram a que o Supremo Tribunal do Reich, numa ruptura radical, abandonasse a doutrina do direito geral de personalidade, até então acatada em seus julgados, por entendê-la incompatível com as disposições do novo Código Civil, que, não trazendo dispositivo legal específico, impossibilitava dar continuidade ao reconhecimento do direito geral de personalidade perante o novo ordenamento jurídico civil.⁶⁵⁶ Prevalecia sobre a anterior concepção a visão do sistema jurídico fechado, excludente e suficiente, materializado na codificação, que impedia o reconhecimento de outras matérias que não fossem as contidas nas normas codificadas e no sentido da codificação.

⁶⁵³ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 224.

⁶⁵⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 133.

⁶⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 46.

⁶⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 30; SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 46.

O positivismo extremo “(...) introduzido pelo Código Civil, porém, fez com que diversas manifestações da personalidade humana deixassem de ser tuteladas quando ocorria sua violação, a saber: o direito à própria imagem, o direito ao segredo, o direito à intimidade e outros.”⁶⁵⁷. Segundo Sousa, tendo como fundamento o pensamento de Karl Larenz,

(...) o BGB se viu confrontado, nas primeiras décadas da sua vigência, ao nível da tutela da personalidade humana, com uma série de lacunas, boa parte das quais classificáveis como “lacunas supervenientes” (*nachträgliche Lücken*), porque derivadas das modificações da técnica e das circunstâncias sócio-económicas operadas na primeira metade do séc. XX.⁶⁵⁸

A proteção a outros direitos de personalidade, dessa forma, diante da visão positivista, foi alcançada no direito alemão apenas com a legislação extravagante promulgada posteriormente à promulgação do BGB, como é o caso da Lei de Proteção Artística, de 9 de janeiro de 1907, que, em seus vinte e dois parágrafos, reconheceu o direito à própria imagem, proibindo a sua divulgação e a exibição pública sem o consentimento do seu titular.⁶⁵⁹

Doutrinariamente, entretanto, por força das omissões e lacunas do BGB relativamente à proteção da personalidade humana, passou-se a pressionar o reconhecimento jurisprudencial da existência do direito geral de personalidade, com o entendimento de estar subentendido na alínea I do par. 823 do BGB, na locução “outros direitos” (*ein sonstiges Recht*), cuja abertura permitia fosse compreendida como uma cláusula geral de proteção à personalidade humana, estendendo-lhe “a mesma proteção dada à propriedade e aos demais direitos patrimoniais.”⁶⁶⁰ O Supremo Tribunal do Reich – BGH, contudo, resistiu à pressão e continuou não admitindo o direito geral da personalidade, segundo o argumento de que “uma cláusula geral que assegurasse a proteção aos direitos de per-

⁶⁵⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 30; SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 46-47.

⁶⁵⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 133.

⁶⁵⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 46.

⁶⁶⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 47.

sonalidade seria por demais ampla e desconstruída do espírito do BGB⁶⁶¹. Doutrinadores como Oertmann, Enneccerus e Nipperdey, que partilhavam desse pensamento como representantes da doutrina alemã predominante, caracterizaram o direito geral de personalidade como uma “nebulosa generalidade”.⁶⁶²

b.2 Código Civil francês

O Código Civil francês, por sua vez, teve seus normativos direcionados essencialmente à regulamentação dos direitos patrimoniais, sem demonstrar preocupação com a pessoa humana em si⁶⁶³, chegando, por isso, a ser nominado o “Código dos Bens”.

No artigo 8º, dispunha sobre a igualdade dos sujeitos no nível da mera capacidade jurídica e, assim como o Código Civil italiano, extremamente influenciado pelo positivismo legal, repudiou a idéia do genérico direito geral de personalidade, dando preferência à especialização de alguns poucos direitos de personalidade. No artigo 1382, contudo, o Código Civil francês genericamente previu a proteção do seu sujeito pela imposição da “obrigatoriedade de reparação de quaisquer danos ocasionados culposamente a outrem”⁶⁶⁴.

De qualquer forma, a compreensão da personalidade humana na forma de atributos especializados não foi diferenciada na doutrina francesa que sobreveio logo após a codificação, especialmente considerando a interpretação exe-

⁶⁶¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 47.

⁶⁶² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 31; SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 47.

⁶⁶³ Segundo ressalva Sousa, o anteprojeto do Código Civil francês trazia normativos especificamente voltados à proteção da pessoa, estabelecendo princípios gerais aos direitos da personalidade (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 70).

⁶⁶⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 70.

gética que passou a ser realizada sobre os normativos dessa. Essa doutrina, embasada nas vozes de renomados juristas, elencava como direitos da personalidade, entre outros, o primordial e fundamental direito à individualidade (Perreau), o direito ao nome, ao estado jurídico, à capacidade, ao domicílio e ao patrimônio (Planiol), o direito à vida, à liberdade, à honra, à liberdade de consciência, à palavra (Colin e Capitant), e o direito à honra, à consideração e à integridade da pessoa moral, intelectual ou física (Josserand).⁶⁶⁵ Roger Nerson, inclusive, apontado por Sousa como um dos maiores responsáveis pela sistematização da matéria dos direitos da personalidade na França, em 1939, após admitir a validade conceitual de um direito geral de personalidade no direito suíço, afastou-o do direito francês, por entendê-lo fonte de insegurança jurídica, de difícil delimitação e não enquadrável na categoria dos direitos subjetivos.⁶⁶⁶

Não obstante, atualmente, afastados daquele positivismo exacerbado, os juristas franceses têm ampliado, em muito, o rol dos direitos isolados de personalidade, fundamentando a sua proteção na proteção genérica contida no artigo 1382 do Código Civil francês. Essa garantia da “reparação de danos” no artigo 1382 do Código Civil francês, por estar disposta na forma de uma cláusula geral de proteção a ofensas danosas, tem servido de fundamento ao reconhecimento, doutrinário e jurisprudencial, dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, do caráter não taxativo das listas de direitos da personalidade e até mesmo, excepcionalmente, à admissão do direito geral de personalidade.⁶⁶⁷

A maior parte das codificações européias, marcadas pela Escola Histórica e pelo positivismo, na realidade, consagrou direitos especiais de personalidade.

⁶⁶⁵ Sousa enumera exaustivamente a listagem e a classificação que os doutrinadores franceses imputavam aos direitos da personalidade (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 124-128).

⁶⁶⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 126.

⁶⁶⁷ Segundo Sousa, desse dispositivo do Código Civil Napoleônico, a “jurisprudência e a doutrina francesas puderam retirar diversos direitos subjectivos de personalidade, não expressamente previstos nos textos legais, e começar a encarar a admissão de um direito geral de personalidade” (O Direito geral de personalidade, 1995, p. 70).

b.3 Código Civil de Seabra

A situação não foi diferenciada em Portugal, onde, o artigo 1º do Código Civil de Seabra de 1867, previu que “só o homem é suscetível de direitos e obrigações; nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade”, também reconhecendo o homem, juridicamente, pela figura normativa do sujeito de direito. A inclusão da parte final “ou a sua personalidade” originou-se de imposição da Comissão Revisora do Projeto de Código Civil em 1860, que entendia conveniente definir o que era pessoa ou personalidade, fazendo-a pela significação da capacidade jurídica.

Não obstante, em atenção à tutela dos direitos individuais estampada nas constituições portuguesas de 1822, 1826 e 1838, a codificação civil portuguesa de 1867 preocupou-se em garantir proteção aos direitos de personalidade na esfera do direito privado, em que pese não enunciasse propriamente direitos de personalidade. Após reconhecer no artigo 4º que “havia direitos derivados da “própria natureza do homem””⁶⁶⁸ e, no artigo 7º, em efetiva inspiração da igualdade iluminista, que “a lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos em que forem especialmente declarados”⁶⁶⁹, o Código Civil de Seabra consagrou o título I do livro I da Parte II aos “direitos originários”, entendidos como direitos individuais, definindo-os no artigo 359 como sendo “os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros”.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 8, nota 2.

⁶⁶⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 75.

⁶⁷⁰ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 8, nota 2.

Apesar, entretanto, desse reconhecimento com fundo jusracionalista alcançado pelo empenho pessoal de Seabra diante das inúmeras críticas dirigidas, a doutrina e a jurisprudência portuguesas, fortemente influenciadas pelo positivismo jurídico, acabaram reconhecendo a existência apenas dos direitos especiais de personalidade normativamente disciplinados, “com preterição do direito geral de personalidade”⁶⁷¹, identificando como tal os direitos de existência (artigo 360: abrangendo vida, integridade pessoal, nome e reputação – como dignidade moral, no sentido de “valor absoluto da personalidade humana”⁶⁷²), de liberdade (artigo 361 a 364: de pensamento, de expressão e de ação, pelo livre exercício das faculdades físicas e intelectuais), de associação (artigo 365), de apropriação (artigo 366) e de defesa (artigo 367). Este último, definido como “a faculdade de obstar a violação dos direitos naturaes ou adquiridos”, permitia, pelo instrumento da legítima defesa previsto no artigo 2.367⁶⁷³, a tutela privada daqueles direitos originários.

“Ciente, porém, da debilidade das meras afirmações públicas da inalienabilidade de tais direitos e da sua limitabilidade apenas por lei formal e expressa”⁶⁷⁴, o código preocupou-se também em prever tutela mais genérica aos direitos primitivos, prevendo no artigo 2383, para os casos de sua ofensa, a obrigação de reparação civil, com taxação dos critérios de fixação das indenizações e distinção dos prejuízos atinentes à personalidade física e à personalidade moral.⁶⁷⁵ Na prática, contudo, esse normativo não alcançou uma tutela em nível genérico, por ter se limitado o nascimento da obrigação de indenizar apenas às

⁶⁷¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 83.

⁶⁷² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 78, nota 180.

⁶⁷³ Art. 2367. Aquele, que for agredido por outro com violências que possam lesar os seus direitos primitivos, ou esbulhá-lo do gozo dos seus direitos adquiridos, ou perturbá-lo por qualquer forma nesse gozo, é autorizado a repelir a força com a força, contanto que não ultrapasse os limites da justa defeza.

⁶⁷⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 79-80.

⁶⁷⁵ Essa distinção entre personalidade física e personalidade moral, segundo Sousa, adveio de consideração aos ensinamentos de Kant, veiculados sobretudo por Krause e Ahrens (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 113).

ofensas aos direitos primitivos expressamente consagrados nos dispositivos codificados.

Seabra, por ocasião da elaboração do próprio Projeto de Código civil português, recebeu duras críticas quanto à inutilidade das normas dedicadas aos direitos originários e da sua vinculação ao direito constitucional. Augusto Teixeira de Freitas foi um desses críticos à disciplina civil dos direitos originários⁶⁷⁶, argumentando que a proteção desses direitos já estava garantida por sua declaração na Carta constitucional e por sua tipificação no Direito Penal. Em resposta a essa crítica, Seabra aduziu:

(...) não é exacto que não seja necessário declarar nada mais a seu respeito. Enquanto à Carta não faz mais que pôs princípios abstractos que precisam de ser desenvolvidos e regulados; e as disposições do Código Penal não vão, ou não podem ir, além da punição do delicto: aquém do delicto fixa a matéria do damno que deve ser reparado, e que não pertence ao Código Penal, e que devíamos reivindicar para o Direito civil; (...) e se a Carta deixar de existir um dia, não morram ao menos com ellas estes princípios de eterna justiça, e que podem subsistir em qualquer forma de governo.⁶⁷⁷

A Constituição republicada de 1911 alargou o âmbito dos direitos fundamentais de personalidade, introduzindo-os no domínio económico e social (direito à assistência pública, ao ensino primário elementar, ao trabalho após a prestação de serviço militar), mas não reconheceu um direito geral de personalidade. A Constituição de 1933 amputou e limitou os direitos fundamentais dos cidadãos, provocando o enfraquecimento da categoria dos direitos de personalidade.

⁶⁷⁶ O pensamento de Teixeira de Freitas não era isolado, sendo seguido por doutrinadores como Alexandre Herculano e Carneiro Pacheco, que também entendiam deslocada a regulação civil dos direitos originários, por ser suficiente a garantia estendida no art. 145 da Carta, que previa “inviolabilidade dos direitos civil e políticos dos cidadãos portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade”. Seabra, contudo, tinha seguidores como Cunha Gonçalves (Tratado Direito Civil, III, 1930, p. 8). (SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 77, nota 178).

⁶⁷⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 77, nota 178.

b.4 Código Civil italiano

O Código Civil italiano foi promulgado em 1942. Dedicou parca atenção à pessoa humana em si e à tutela da personalidade humana, veio a desenhar o posicionamento majoritário da doutrina nacional pelo reconhecimento, exclusivamente, de reduzidos e particulares direitos de personalidade. Como únicas disposições voltadas à proteção de aspectos da personalidade, a codificação italiana estendeu proteção ao nome civil, inclusive ao pseudônimo, nos artigos 6º a 9º, à imagem própria, no artigo 10, e ao corpo humano, proibindo atos de disposição no artigo 5º.⁶⁷⁸

Comparativamente ao Código Civil alemão, em relação ao qual ganhava quase meio século de juventude, o Código Civil italiano não trouxe maiores inovações na matéria relativa à tutela da personalidade humana, uma vez que a proteção ao nome já era objeto daquele, tendo acrescido ao elenco apenas dois novos aspectos tidos como relevantes: a imagem e o corpo humano. Essa restrição, segundo Oliveira e Muniz, pode ser explicada pelo fato da codificação italiana ter sido editada segundo o domínio da concepção fascista de Estado, cujos seguidores, pelo totalitarismo, utilizavam “em seu benefício a separação rígida entre Direito Público e Privado”⁶⁷⁹ e sustentavam a suficiência “da tutela publicística dos direitos da pessoa, sendo corpo estranho no sistema a tutela de natureza privatística”.⁶⁸⁰

O Código Civil italiano, dessa forma, assim como o Código Civil alemão, foi forte representante “de uma fase histórica em que se efetua a separação entre a proteção dos direitos políticos do ser humano e a dos aspectos puramente

⁶⁷⁸ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 129, nota 106.

⁶⁷⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 226.

⁶⁸⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 226.

privatísticos da tutela da personalidade humana, excluída a primeira dos Códigos Civis.”⁶⁸¹

Entretanto, Valério Campogrande defendeu ainda em 1896, a existência de um “genérico *ius in se ipsum*, no que, de certo modo, foi seguido por Del Vecchio, Coviello e Carnelutti.”⁶⁸²

Não obstante, prevalecendo a Teoria Tipificadora, a proteção da personalidade humana no sistema jurídico italiano sempre foi vinculada e condicionada à especialização, mesmo que por construção doutrinária e jurisprudencial, dos aspectos físicos e morais característicos daquela e merecedores de tutela. A doutrina e a jurisprudência italianas posteriores à promulgação do Código Civil de 1942, em autônomas disposições, procederam ao fracionamento e à tipificação dos direitos da personalidade segundo os vários atributos essenciais da pessoa, “isto é, as diversas qualidades e modos de ser da mesma”⁶⁸³. Dessa forma, inevitavelmente admitiram a existência de “um leque bastante amplo de direitos especiais de personalidade, apoiando-se, sobretudo, no chamado direito ao *id quod interest* decorrente das reações penais e no art. 2º da Constituição da República Italiana de 27-12-1947, (...)”⁶⁸⁴. De Cupis, um dos maiores expoentes da Teoria Tipificadora, incluiu entre os direitos especiais de personalidade “a vida, a integridade física, as partes separadas do corpo, o cadáver, a liberdade, a honra, o resguardo pessoa, a identidade pessoal, o nome, o pseudônimo, o título, o sinal figurativo e a autoria moral”.⁶⁸⁵ Essa proteção mais ampla tem sido dada segundo a “idéia de direito natural e da intangibilidade da pessoa humana (...)”⁶⁸⁶. Não obstante, foi arraigada, desde seu início, à proteção multiparcelar e

⁶⁸¹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 226-227.

⁶⁸² SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 129.

⁶⁸³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 66.

⁶⁸⁴ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 129.

⁶⁸⁵ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade, 1995, p. 129.

⁶⁸⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 66.

positivada da personalidade humana, pelo reconhecimento de distintos direitos subjetivos de personalidade.

b.5 Código Civil brasileiro de 1916

Por sua natureza extrapatrimonial, ou, conforme exposto (item 3.2.3), pela impossibilidade de serem apreciados pecuniariamente, Bevilacqua não reconheceu os direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos exercitáveis na ordem civil, pois a idéia “se não ajusta bem à lógica jurídica”⁶⁸⁷, sendo inadmissível a existência de bens extrapatrimoniais sobre os quais se possa exercer direito absoluto diverso do direito real. Segundo Bevilacqua,

(..) vejo antes na personalidade um conjunto de direitos, isto é de poderes de acção assegurados pela ordem jurídica. Desses direitos, uns são fundamentaes, como o direito á vida, á liberdade, á honra, á integridade physica, e outros são desdobramentos, applicações, modalidades dos primeiros. Mas um direito sobre a própria pessoa parece-me uma idea que se não ajusta bem à lógica jurídica.⁶⁸⁸

As únicas exceções a essa negativa dos direitos da personalidade foram abertas ao direito sobre o próprio corpo e ao direito ao nome, cuja abordagem, contudo, também foi realizada por Bevilacqua segundo uma visão patrimonialista.

Quanto ao *direito sobre o próprio corpo*, Bevilacqua preocupou-se em regulamentá-lo na sua comercialidade, na sua circulação econômica⁶⁸⁹, posicionando o corpo e as suas partes separadas como bens fora do comércio⁶⁹⁰ por

⁶⁸⁷ BEVILACQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 300; CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 54.

⁶⁸⁸ BEVILACQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 300.

⁶⁸⁹ BEVILACQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 299.

⁶⁹⁰ “Coisas que estão fora do commercio são aquellas sobre as quaes os particulares não podem exercer direito exclusivo ou que não podem alienar” (BEVILACQUA, Clovis. Theoria

motivos de ordem moral⁶⁹¹. A vedação a atos de disposição sobre o corpo humano foi estendida pelo jurista cearense ao próprio cadáver, que, segundo ele, não podia “ser objecto de contracto oneroso ou gratuito, nem de transmissão *mortis causa*”⁶⁹², mesmo que com finalidade científica ou altruísta ou humanitária. Todavia, curiosamente, por ele foram admitidos (acredita-se que por efetiva impossibilidade de sustentar uma negativa) os atos de alienação sobre partes do corpo humano que deixam de compor o organismo vivo⁶⁹³, como os cabelos, quando não atentórios à moralidade pública. Conseqüentemente, ao excluí-los do tráfego jurídico, Bevilaqua acabou negando a própria existência de direitos subjetivos sobre o próprio corpo ou sobre partes separadas dele, por serem bens não enquadráveis na sua definição de coisa como objeto de direito subjetivo.

Quanto ao *nome civil*, Bevilaqua negou que pudesse ser objeto de direito titularizado pela pessoa humana como pessoa de direito. Segundo ele, tomando por base os ensinamentos de Jhering e Planiol, o direito ao nome “não apresenta os caracteres de um verdadeiro direito”⁶⁹⁴. A negativa estava embasada na

geral do Direito Civil, 1929, p. 266), podendo ser de duas espécies: “a) as insuscetíveis de apropriação individual; b) as que o direito subtrai à circulação” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 299).

⁶⁹¹ CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 54; BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 300.

⁶⁹² BEVILAQUA, Clovis. Theoria geral do Direito Civil, 1929, p. 213, nota 18. Bevilaqua ressalva que nada impedia que o cônjuge e os parentes chamados à sucessão se conformassem com a vontade do falecido.

⁶⁹³ BEVILAQUA, Clovis. Theoria geral do Direito Civil, 1929, p. 267-268.

⁶⁹⁴ BEVILAQUA, Clovis. Theoria geral do Direito Civil, 1929, p. 69. Na sua obra, Bevilaqua oportunamente ressalva ter conhecimento do reconhecimento do nome civil como direito subjetivo no direito comparado. Segundo ele, “No direito alemão, porém, por força do artigo 12 do Código Civil, é um direito absoluto da pessoa, consistindo em um dos modos de ser desta e protegido contra qualquer ofensa. Na França, a doutrina e a jurisprudência é que organizaram a teoria do nome e lhe deram o carácter de direito, pensando alguns que se trata de uma propriedade *sui generis*, e outros opinando que o direito ao nome é um direito pessoal absoluto, como o de liberdade. O Código Civil suíço, arts. 29 e 30, também se occupa com a protecção do nome, segundo essa feição de direito pessoal absoluto.” (BEVILAQUA, Clovis. Theoria geral do Direito Civil, 1929, p. 71-72). Contudo, numa crítica frontal a esse reconhecimento, Bevilaqua acaba adotando expresso posicionamento sobre a inexistência de um direito da personalidade e, conseqüentemente, de um direito ao nome civil. Segundo ele, “Mas, se se entende, como alguns explicam, que o nome é a manifestação da personalidade, a sua designação, a sua individuação, não vejo como destacá-lo da própria personalidade, para considerá-lo um direito. A personalidade não é um direito, é o complexo dos direitos atribuídos à pessoa, con-

inapropriabilidade e indisponibilidade do nome civil pelas pessoas, que, não obstante o recebessem por ocasião do nascimento, não o adquiriam como propriedade exclusiva, não contando com a possibilidade de tomá-lo para si como seu e impedir que outrem dele também fizesse uso, de maneira que o nome poderia ser comum a inúmeras outras personalidades, “e isto tanto se diz dos nomes individuais quanto dos patronímicos”⁶⁹⁵. Essas características retiravam do nome a condição de bem em sentido jurídico⁶⁹⁶.

Dessa forma, o nome civil era simplesmente o elemento responsável pela designação da personalidade, ou, melhor dizendo, pelo “núcleo de onde irradiam os direitos”⁶⁹⁷, estando a ela indelevelmente vinculado para fins de registro civil de sua existência⁶⁹⁸. Excepcionalmente, segundo Bevilaqua, o nome civil poderia ser objeto de tutela jurídica na seara penal pelos tipos contidos no artigo 338, n. 5 e 8, e artigo 379, ambos do Código Penal, quando verificado o “uso de nome supposto”⁶⁹⁹, ou o uso de falsa qualidade, pois “o direito penal reprime a intenção, malévola, o animo de prejudicar naquelle que usurpa o nome alheio, não porque só um individuo possa usar de determinado nome, porém, porque há uma injustiça ou uma perversidade a rebater”⁷⁰⁰. “No direito civil, o princípio da reparação do damno é sufficiente para proteger todos os interesses, que se prendam ao nome, não porque o uso delle seja um direito exclusivo, porém por-

siderados em conjunto, constituindo uma unidade, mas antes em potencialidade do que em actividade. Assim, não havendo um direito de personalidade, não haverá um direito ao nome civil” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 72).

⁶⁹⁵ Segundo Bevilaqua, “todos os dias nascem pessoas que têm de ser designadas por um nome, ou uma combinação de nomes, e não há razão sufficiente para que se lhes imponha a obrigação de creal-os sempre novos” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 70).

⁶⁹⁶ Segundo o mesmo doutrinador, o nome é “um modo de designar a pessoa; mas, pelo facto de ter essa pessoa um nome, que a individualiza, não se segue que possa impedir outra de o escolher para si. Nem tão copiosa é a onomástica para tornar possível esse exclusivismo.” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 197).

⁶⁹⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 197.

⁶⁹⁸ Segundo Bevilaqua, Planiol igualmente ensinava que “o nome é a fórmula obrigatória da designação das pessoas e que, se elle se transmite, não é porque seja uma propriedade, mas somente porque a lei quer tornar notoria a filiação” (BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 70).

⁶⁹⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do Direito Civil*, 1929, p. 71.

⁷⁰⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931, p. 198.

que todas as ofensas causadas às pessoas devem ser reparadas, ou se reflitam na esfera econômica ou se refiram à dignidade, à honra e aos interesses Moraes da pessoa”⁷⁰¹.

O reconhecimento como bem suscetível de titularização por direitos subjetivos foi atribuído por Bevilacqua apenas ao nome comercial e, portanto, às pessoas ideais, em razão de a sua denominação revestir-se de outros caracteres e envolver interesses econômicos que determinam o desprendimento da personalidade, “tornando-o um bem objeto de direito exclusivo e, conseqüentemente, de alienabilidade”⁷⁰², na forma de uma efetiva relação sobre coisa incorpórea incluída na categoria dos direitos intelectuais.

Contudo, em que pese o reconhecimento por Bevilacqua desses mínimos direitos de personalidade, essa abertura efetivou-se apenas em sede doutrinária, não tendo sido igualmente verificada em sede legislativa na codificação civil de 1916, cuja autoria do anteprojeto lhe é atribuída.

“A matéria dos direitos de personalidade está de todo ausente do Código Civil”⁷⁰³, não estando previstos nem nos artigos 2º a 12º, relativos às pessoas naturais, nem em outro dispositivo. Diferentemente do Código Civil português, o Código Civil brasileiro não reconheceu a categoria dos direitos originários, e, diferentemente do Código Civil alemão, não enumerou bens da vida vinculados à personalidade humana. Manteve-se totalmente silente relativamente aos mesmos, como se efetivamente não existissem como uma terceira categoria de direitos subjetivos.

A razão desse silêncio é atribuída ao fato de Bevilacqua não reconhecer os direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos exercitáveis na ordem civil, seja em razão da sua natureza extrapatrimonial, seja em razão de, quando objeto de relações jurídicas, serem titularizados apenas naquelas de natureza pública, cuja matéria já estava regulada na Constituição Federal brasileira

⁷⁰¹ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1931, p. 198.

⁷⁰² CUNHA, Alexandre Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 56.

⁷⁰³ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 122.

de 1891, na sessão epigrafada “Declaração de Direitos”.⁷⁰⁴ Segundo Szaniawski, efetivamente, o Código Civil brasileiro de 1916 não disciplinou os direitos de personalidade por imperar uma satisfação com as garantias individuais tuteladas no artigo 72 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, seara na qual, segundo a compreensão dos juristas da época, deveria ocorrer a proteção da pessoa na sua dimensão existencial.⁷⁰⁵

Essa negativa dos direitos de personalidade na ordem jurídica civil e o seu tratamento em alguns dos dispositivos de natureza constitucional, contudo, determinou que logo na gênese da vigência da codificação civil de 1916, os direitos de personalidade permanecessem quase que totalmente desprotegidos no ordenamento brasileiro. Se, por um lado, deixou-se de tratar dos direitos de personalidade pelo seu caráter extrapatrimonial e em razão da sua proteção já estar garantida em sede constitucional, evitando-se a duplicação da matéria pela retomada na codificação civil; por outro, o tratamento constitucional destinado aos direitos de personalidade foi voltado apenas a assegurar direitos de natureza política, como forma de delimitação dos poderes do Estado em relação aos cidadãos em geral. “(...) isto gerou uma situação algo anômala. O Código Civil não regulou os direitos da personalidade porque não quis duplicar a Constituição; esta não regula os direitos civis, porque o que a preocupa são as vinculações do Estado perante os cidadãos.”⁷⁰⁶

Dessa forma, a pessoa humana simplesmente não encontrou no ordenamento jurídico brasileiro do início do século XX, qualquer forma de tutela às suas exigências mínimas como ser humano nas suas relações entre particulares.

O Código Civil brasileiro, contudo, semelhantemente ao Código Civil francês, trouxe positivado no seu artigo 159, uma norma genérica de proteção pela imposição de reparação de danos gerados pela violação de direitos de ou-

⁷⁰⁴ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 123.

⁷⁰⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 87.

⁷⁰⁶ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 123.

trem.⁷⁰⁷ Essa norma, décadas mais tarde, diante da evolução que a teoria dos direitos de personalidade sofreu, no Brasil, doutrinária e jurisprudencialmente, serviu de instrumento à aplicação das tutelas aos bens de personalidade reconhecidos na sua existência tipificada, sendo operacionalizada, em alguns casos, conjuntamente com a previsão do artigo 1.537 do Código Civil de 1916, que previa a responsabilização pelo “luto da família”, expressão dentro da qual, por sua abertura, foram enquadradas pretensões de indenização por danos extrapatrimoniais originários de atentados contra a vida.⁷⁰⁸

c) Ampliação na tipificação: leis extravagantes

Por volta da década de 60 do século XX, a utilização cada vez mais comum de dispositivos eletrônicos e a consagração de processos científicos modernos fizeram surgir uma preocupação política e jurídica direcionada a uma melhor proteção da privacidade das pessoas⁷⁰⁹, “bem constantemente ameaçado pela tendência à homogeneização, característica da contemporânea sociedade de massas”⁷¹⁰, eis que essencial à garantia da singularidade de cada uma, com a preservação das suas diferenças individuais. Essa preocupação com a violação da intimidade da pessoa humana tornou-se objeto de manifestações, declarações e proposições em conferências em nível internacional, cujo resultado foi promissor no sentido de afastar a timidez legislativa que marcava os países em geral nos quais os direitos de personalidade foram reconhecidos e sistematizados segundo o fundamento da teoria tipificadora.

⁷⁰⁷ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 122.

⁷⁰⁸ CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade, p. 61.

⁷⁰⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 27.

⁷¹⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 68.

Em 1967, a Assembléia Consultiva do Conselho da Europa concluiu que “a maior parte das Constituições e legislações dos países-membros apresentavam-se defasadas em relação à evolução tecnológica dos meios de captação e interceptação de escuta telefônica clandestina” e propôs uma resolução no sentido de que passassem a ser realizados “estudos para a elaboração de uma legislação que viesse a coibir a espionagem eletrônica clandestina da vida privada”⁷¹¹, normativamente protegida pelo artigo 8º da Convenção Européia e pelo art. 12 da Declaração de 1949. Isso veio a culminar na Recomendação 509 da 19ª Sessão Ordinária de 31 de janeiro de 1968, que, segundo Szaniawski,

(...) preocupação mostrou a Conferência Internacional dos Direitos dos Homens, de Teerã, realizada em maio de 1968, cuja resolução pode ser resumida em dois itens: o primeiro relativo ao respeito da vida privada em face das técnicas de registro e o segundo referente às utilizações da eletrônica que têm o poder de afetar os direitos das pessoas e os limites que devem comportar essas utilizações dentro de uma sociedade democrática⁷¹².

Em sessão realizada em dezembro de 1968, a Assembléia Geral das Nações Unidas, considerando as conclusões da Conferência Internacional de Teerã, ressaltou “a grave problemática decorrente da ingerência na esfera privada das pessoas por intermédio de aparelhos eletrônicos”.⁷¹³ Conforme a Resolução 2.450, de 19 de dezembro de 1969, realizou-se estudo tendo por objeto a violação dos direitos do homem pelo desenvolvimento da técnica e da ciência, e os meios de assegurar sua proteção, cujo relatório final, examinado na sessão realizada no segundo semestre de 1970, propôs como solução a “adoção, (...), de uma legislação que viesse a controlar e coibir os meios técnicos e eletrônicos de intervenção na esfera privada das pessoas”⁷¹⁴.

Concomitantemente, em outubro e novembro de 1968 foi realizada a 15ª Sessão da Conferência Geral da Unesco, na qual se apontou como ameaça aos

⁷¹¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 27.

⁷¹² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 27.

⁷¹³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 28.

⁷¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 28.

direitos do homem, notadamente à sua privacidade, “certas inovações científicas e tecnológicas recentes, tais como as miniaturizações dos dispositivos de registros, das mesas de escuta e outros aparelhos de escuta clandestina (...)”, propondo-se o estudo das repercussões dessas invasões e das medidas para a defesa desse direito de privacidade.⁷¹⁵

Essa preocupação especial pela intimidade da pessoa humana decorria do próprio papel fundamental que aquela desempenhava na construção dessa.

Na medida em que desfruta de proteção integral de sua intimidade, a pessoa humana encontra as condições necessárias ao estabelecimento de um espaço de reflexão dentro do qual pode formar e desenvolver a sua personalidade humana, construindo a sua condição humana à medida que edifica a própria trajetória da vida individual.⁷¹⁶

Dessa forma, se na esfera do direito privado, na sua origem, os direitos de personalidade foram timidamente reconhecidos na sua existência tipificada, a discussão e o comprometimento estabelecidos no nível dessas conferências internacionais, especialmente na busca de preservação da privacidade da pessoa como direito de personalidade, provocaram um alargamento no fracionamento dos direitos especiais de personalidade, determinando uma “intensa modificação na legislação dos diversos países-membros com a finalidade de assegurar a proteção da esfera íntima das pessoas, notadamente no campo do Direito Penal.”⁷¹⁷

No direito civil, contudo, inicialmente, a proteção foi instrumentalizada “na forma de proibição de atos lesivos e de ressarcimento de danos”⁷¹⁸, de maneira que ainda se encontrava arraigada à idéia da patrimonialidade que marcou os ordenamentos oitocentistas, fundamentando a sanção privada não na “agressão

⁷¹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 28.

⁷¹⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 70.

⁷¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 28.

⁷¹⁸ FRANÇA, Limongi. Manual de direito civil, p. 935.

em si, mas no prejuízo causado pela agressão”.⁷¹⁹ Os avanços na construção dessa categoria de direitos na seara privada, na realidade, são atribuídos, justamente pela carência inicial de positivação de normativos específicos e pela limitação da tutela garantida aos poucos positivados, ao trabalho realizado em sede jurisprudencial.⁷²⁰

No Brasil do século XX, conforme Szaniawski⁷²¹, a tutela dos direitos da personalidade encontrou certa resistência nos tribunais da década de 70, mas obteve maior atenção no âmbito civil a partir da década de 80, quando ainda se enfrentou uma originária negativa dos danos de natureza extrapatrimonial. A busca pela proteção dos direitos da personalidade ocorreu essencialmente em face do direito à própria imagem, do direito à própria voz e à intimidade própria ou de familiares, por fatos relacionados à publicidade e à cinematografia.

As construções jurisprudenciais, entretanto, somadas aos comprometimentos políticos em sede internacional, determinaram a positivação de direitos de personalidade, que, não encontrando suporte nos códigos civis elaborados ainda no século XIX segundo o enfoque das teorias oitocentistas, e não obtendo ingresso no modelo codificado por posteriores alterações, tornaram-se objeto de leis especiais, justamente em face do movimento gradual de descentralização da codificação civil.

No Brasil, por exemplo, alguns direitos de personalidade foram positivados em legislação extravagante, como a lei 8.501, de 30 de novembro de 1992⁷²², que dispôs sobre a utilização de cadáver não reclamado para estudo ou pesquisas científicas; a lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973⁷²³, correspondente ao Código de Direitos Autorais; a lei 7.646, de 18 de dezembro de 1987⁷²⁴, que regulamentou a propriedade intelectual sobre os programas de computador

⁷¹⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 34.

⁷²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 49.

⁷²¹ Apud SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 76-86.

⁷²² Publicada no Diário Oficial da União de 01 de dezembro de 1992.

⁷²³ Publicada no Diário Oficial da União de 18 de dezembro de 1973.

⁷²⁴ Publicada no Diário Oficial da União de 22 de dezembro de 1987.

e sua comercialização; a lei 8401, de 8 de janeiro de 1992⁷²⁵, relativa ao controle de autenticidade de cópias de obras audiovisuais; a lei 9609, de 19 de fevereiro de 1998⁷²⁶, que tem por objeto a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, e a lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998⁷²⁷, que regulamenta os direitos autorais.

5.1.3. Natureza jurídica

A definição da natureza jurídica dos direitos de personalidade, segundo a teoria tipificadora, constituiu um dos grandes obstáculos ao reconhecimento da sua existência nos ordenamentos dos séculos XVIII e XIX e à sua sistematização nos ordenamentos positivistas do século XX.

Vinculados à Teoria da Relação Jurídica proposta por Savigny e à estrutura interna desta assentada exclusivamente no direito subjetivo, a discussão doutrinária centralizou-se, inicialmente, na possibilidade e na conveniência de os direitos da personalidade serem enquadrados na categoria dos direitos subjetivos⁷²⁸, embasada na consideração, inclusive, de que, na esfera do direito público, o seu reconhecimento normativo tivera início segundo a natureza de direitos inatos ou naturais, ao espelho dos direitos originários da Escola do Direito Natural.

Num primeiro momento, prevaleceu a negativa da existência dos direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos calcada, essencialmente, nas construções científicas da Escola Histórica do Direito.

⁷²⁵ Publicada no Diário Oficial da União de 12 de junho de 1992.

⁷²⁶ Publicada no Diário Oficial da União de 20 de fevereiro de 1998.

⁷²⁷ Publicada no Diário Oficial da União de 20 de fevereiro de 1998.

⁷²⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 71.

Apesar do reconhecimento e do desenvolvimento verificado por influência da Escola do Direito Natural, ainda nos séculos XVII e XVIII, da categoria do direito geral de personalidade, e em que pese a tutela da personalidade humana instrumentalizada nesse período pela *actio iniuriarum* do Direito Romano, a Escola Histórica do Direito “negava a existência de um *direito geral de personalidade*, destinado a tutelar a personalidade do ser humano”⁷²⁹, com o fundamento de que, tratando-se de um “direito que alguém possui sobre sua própria pessoa, na evolução da noção do antigo *ius in se ipsum*”⁷³⁰, e, portanto, tendo por objeto a própria pessoa, as pessoas em geral estariam autorizadas a dispor de si, inclusive na forma de suicídio, o que era inconcebível. Dessa forma, segundo essa escola, compreendia-se que “(...) eventual proteção da pessoa humana seria, somente, decorrente de reflexos do direito objetivo, que protegeria determinadas radiações da personalidade, (...)”⁷³¹, mas sem caracterizá-las como direitos sobre a própria pessoa segundo a natureza de direitos subjetivos, ou o antigo *ius in se ipsum*.⁷³²

À Escola História do Direito estavam vinculados, entre outros, Savigny, Von Thur e Ennecerus, cujo pensamento relativamente aos direitos da personalidade convergia com os ditames daquela. Para Savigny, sendo os direitos da personalidade direitos que teriam por objeto a própria pessoa, a admissão da sua existência implicaria a admissão da “possibilidade da pessoa dispor de si mesma de qualquer forma, sendo, portanto, neste pensamento, cabível e justificado o suicídio”.⁷³³ O jurista alemão, por conta disso, negava-se a reconhecer os direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos.

Ainda na Alemanha, von Tuhr, apesar de admitir o enquadramento teórico dos direitos de personalidade como direitos subjetivos, entendia não ser possível frente ao direito positivo alemão, tendo em vista o teor do par. 823, I, do

⁷²⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 42.

⁷³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 42.

⁷³¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 42.

⁷³² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 37.

⁷³³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 37.

BGB (“Quem dolosa ou culposamente lesar a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade de modo contrário ao direito, fica obrigado a indenizar o dano”), reconhecer a existência de um direito subjetivo sobre a própria pessoa e, assim, a existência de direitos da personalidade. Segundo o doutrinador, faltavam a esses, como um estado natural, os elementos característicos dos direitos subjetivos, especialmente o poder absoluto de monopolização e alienação possuído pelos titulares dos direitos subjetivos em geral (como o direito de propriedade). O autor, contudo, por força de decisões específicas da Corte Suprema do Reich que reconheceram lesões a bens jurídicos pessoais e concederam reparações segundo o fundamento de um direito da personalidade, acabou reconhecendo a necessidade de proteção a bens personalíssimos, mas operacionalizou-a com base na regra contida no par. 826 do BGB, por compreender que o ilícito proviria de uma ofensa aos bons costumes, não na do par. 823, pois “esse dispositivo legal não equipararia os bens jurídicos de personalidade aos direitos subjetivos”⁷³⁴.

Enneccerus, por fim, compreendendo os “direitos das pessoas”⁷³⁵ como o poder jurídico de alguém sobre a própria pessoa, também negava a existência dos direitos da personalidade, não vislumbrando seu reconhecimento como direitos subjetivos na regra do par. 823, I, do BGB (direito subjetivo à vida, à liberdade, à integridade física, à saúde, à honra e ao segredo). Contudo, como von Tuhr, admitia a reparação de algumas ofensas a esses bens segundo o fundamento da ofensa aos bons costumes regulada no par. 826 do BGB, e a proteção da personalidade humana na esfera penal, pela imputação de pena ao infrator.

Outros doutrinadores, da mesma forma e segundo semelhantes fundamentos, também negavam a existência dos direitos de personalidade por entenderem ser incompatível enquadrá-los na categoria dos direitos subjetivos. É o caso de Unger, que, na obra *Sistema de direito privado austríaco*, negava os direitos da personalidade como direitos subjetivos, compreendendo que, sendo a

⁷³⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 37.

⁷³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 38.

personalidade pressuposto fundamental de todo direito, seria inadmissível que fosse objeto de uma classe especial de direitos.⁷³⁶

Também é o caso de Alfredo Orgaz, argentino que negava a qualidade de direitos subjetivos aos direitos da personalidade, argumentando que enquanto naqueles predominaria o direito e a faculdade dele decorrentes de exigir do outro o cumprimento do dever, ao passo que, nestes, o direito objetivo não concederia uma imediata faculdade ao titular, de maneira que o direito subjetivo apenas nasceria pela violação do dever, que assume predominância frente àquele.⁷³⁷ O igualmente argentino Alberto Spota entendia que, carecendo de conteúdo patrimonial, ao serem lesados, esses bens inerentes à pessoa geravam consequências patrimoniais que têm como origem o próprio direito objetivo e o dever dele resultante e incidente sobre toda a coletividade, mas nunca direitos subjetivos.

Paul Roubier, por fim, seguindo o espírito da codificação civil francesa, entendia que os direitos da personalidade não correspondiam a direitos subjetivos, compreendidos como situações juridicamente estabelecidas por ato voluntário ou legal, das quais decorreriam prerrogativas favoráveis aos seus titulares⁷³⁸, mas a uma situação objetiva, por ter por escopo um interesse geral, não interesses particulares do seu titular. Como prerrogativa própria de um bem, o direito subjetivo integraria o patrimônio do seu titular, que dele poderia dispor segundo seus interesses; nos direitos da personalidade, diferentemente, a proteção seria limitada à responsabilização civil do ofensor, como uma reação da lei contra o ato ofensivo, tendo por escopo um interesse geral.

Na atualidade, contudo, conforme ressalta Szaniawski, “(...) a oposição levantada por parte da doutrina do final do século XIX e do início do século XX, em relação ao reconhecimento da existência de direitos da personalidade e sua

⁷³⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 38.

⁷³⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 43.

⁷³⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 41.

qualidade de direitos subjetivos, se encontra superada, predominando a idéia da existência desta categoria jurídica, incluindo-a entre os direitos subjetivos.”⁷³⁹

Efetivamente, após décadas de discussões e de uma melhor fixação do objeto dos direitos da personalidade, afastaram-se entendimentos equivocados de que esses teriam por sujeito e objeto, simultaneamente, “(...) a própria pessoa; (...)”⁷⁴⁰, ou, estando fora da pessoa, teriam por objeto o dever da “coletividade respeitá-los, constituindo uma obrigação negativa geral”⁷⁴¹, os quais dificultavam o enquadramento dos direitos da personalidade na categoria dos direitos subjetivos.

Quanto a concebê-los como direitos sobre a própria pessoa – *ius in se ipsum* -, a objeção que se fazia ao reconhecimento dos direitos de personalidade como direitos subjetivos seria o fato de, por essa concepção, confundirem-se o sujeito e o objeto da relação jurídica⁷⁴², o que era inaceitável cientificamente, não sendo mais encontrada a escravatura que suportava a figura do *ius in se ipsum* no direito romano, na qual o homem era admitido como objeto de direitos.⁷⁴³ Doutrinadores como o italiano Messineo entendiam ser impossível uma pessoa ser sujeito e objeto de direito ao mesmo tempo, negando, por isso, a sua existência como direitos subjetivos.

Por força desse obstáculo oposto ao reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, foi desenvolvida na Alemanha em meados do século XIX, segundo o estudo inicial da natureza da herança jacente, tendo como adeptos Windscheid, Kohler, Ihering, Koeppen e Unger, a Teoria dos Direitos sem Sujeito, a qual concebia que somente a pessoa natural poderia ser sujeito de direito e que existiam direitos sem o sujeito, dentre os quais os direitos

⁷³⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 71-72.

⁷⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, p. 6. Bittar cita como adeptos desse entendimento que os direitos da personalidade teriam por objeto o próprio homem, “Putcha, Windscheid, Chironi, Campogrande, Ráva, Fadda e Bensa, e Ruiz Tomás” (BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, 2004, p. 4).

⁷⁴¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 44.

⁷⁴² GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 151; MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 39.

⁷⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 45.

da personalidade⁷⁴⁴, cujo objeto seria o respeito de todos os demais indivíduos.⁷⁴⁵

Ferrara, também italiano, não compreendia os direitos da personalidade como direitos subjetivos por compreender que tinham como objeto uma obrigação geral negativa de respeito e aspectos inerentes à pessoa⁷⁴⁶, não se enquadrando, por isso, na concepção tradicional de direitos subjetivos.

Essa teoria, contudo, foi totalmente abandonada, especialmente considerando ter sido “construída a partir da confusão dos conceitos *personalidade* e *capacidade*, caracterizando o sujeito com a *pertença* de alguma coisa e não com o *poder*”.⁷⁴⁷

Atualmente, superadas essas concepções iniciais, os direitos da personalidade acabaram sendo acolhidos como uma terceira categoria de direitos subjetivos, diferenciada das outras duas por ser extrapatrimonial e absoluto, distinguindo-se, respectivamente, dos direitos de família e dos direitos reais e obrigacionais.

Pierre Kayser, jurista francês, entendeu que os direitos de personalidades eram aplicação de um direito subjetivo, que nasceria da “ocorrência de lesão que tem por origem a culpa ou pelo menos um fato gerador de responsabilidade civil”⁷⁴⁸, como uma prerrogativa do titular em relação às outras pessoas, na forma de um poder voltado a assegurar a proteção de interesses patrimoniais e morais.⁷⁴⁹ Eram direitos subjetivos com características particularizadas, sendo, por isso, *sui generis*. “Somente a partir da realização da ofensa, segundo o autor, é que a vítima fica investida de um direito subjetivo a fim de poder obter a reparação do dano que lhe foi causado.”⁷⁵⁰

⁷⁴⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 46.

⁷⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, 2004, p. 4-5.

⁷⁴⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 47.

⁷⁴⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 83.

⁷⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 49.

⁷⁴⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 41.

⁷⁵⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 49.

Segundo Kayser, a dificuldade em estabelecer a natureza dos direitos da personalidade estaria vinculada, por um lado, à equivocada utilização da expressão “direitos da personalidade” como referência aos “direitos do homem e do cidadão” ou “direitos naturais”, afirmados em vista à proteção à excessiva ingerência do Estado na vida do cidadão; por outro, à consideração dos direitos à vida e à integridade física como direitos subjetivos, que, segundo ele, nunca poderiam ser considerados direitos da personalidade por não corresponderem a um determinado poder reconhecido aos particulares pelo direito objetivo, mas meros interesses do indivíduo, tutelados pela responsabilidade civil do ofensor, de maneira que apenas após a ofensa é que estaria constituído um direito subjetivo, mas em razão dessa, e não em razão daqueles bens vida e integridade física.⁷⁵¹

De Cupis, forte representante da doutrina italiana, e no qual o direito brasileiro baseou-se fortemente, admitiu a existência dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, compreendendo-os como todos direitos voltados a garantir à personalidade o “*minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo”, dizendo-os “essenciais por constituírem a medula da personalidade humana”⁷⁵².

Ferrara, por sua vez, enquadrou a categoria dos direitos da personalidade como direitos subjetivos com o fundamento de, não obstante existir uma tutela pública em favor dos bens que constituem seu objeto, eles respeitarem, assim como os demais direitos subjetivos, a “vontade do sujeito sobre a tutela do interesse”⁷⁵³, de maneira que “a alavanca do movimento do mecanismo de proteção é colocada nas mãos do titular”⁷⁵⁴, que a movimenta no seu interesse e segundo sua vontade e conveniência. Castan Tobeñas, semelhantemente, qualificou os direitos da personalidade como direitos subjetivos em razão de o ordenamento

⁷⁵¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 53.

⁷⁵² DE CUPIS apud SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 42.

⁷⁵³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 43.

⁷⁵⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 43.

jurídico positivo atribuir ao titular um poder jurídico exercitável frente a outras pessoas, “colocado à sua livre disposição e tutelado por uma ação judicial”.⁷⁵⁵

Borda, igualmente, reconheceu a existência dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, por entender possível que a vida, a integridade física e a honra fossem qualificadas como bens, pois, não obstante integrantes da personalidade humana, era possível a separação do seu sujeito em determinados momentos.⁷⁵⁶

Entretanto, de forma minoritária e paralelamente, alguns doutrinadores sustentaram a existência dos direitos da personalidade segundo a natureza de direitos naturais, tendo, inclusive, encontrado acolhimento em sede jurisprudencial, como na Corte de Cassação italiana, que, no julgamento dos arestos 4.484, de 2 de fevereiro de 1956, e 293, de 31 de janeiro de 1959, entendeu que os atributos da personalidade humana seriam direitos naturais intangíveis.⁷⁵⁷

Grossen foi um dos doutrinadores que considerou os direitos da personalidade uma categoria originária do direito natural⁷⁵⁸, assim como Vicente Ferrer Neto Paiva, que defendeu que os direitos da personalidade seriam oriundos da própria natureza humana e, diante disso, manifestos e incontáveis; seriam absolutos e não limitáveis, exceto frente a direitos alheios de mesma natureza. A atualidade da sua afirmação levou Szaniawski a qualificá-la como “o verdadeiro entendimento dessa matéria”.⁷⁵⁹

⁷⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 43.

⁷⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 44.

⁷⁵⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 47.

⁷⁵⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 47.

⁷⁵⁹ § 66 – Como pois os direitos absolutos se deduzem da natureza fundamental do homem (§§ 4 e 65), é fácil ver que deve haver tantos direitos absolutos, quantas forem as qualidades essenciais e fundamentaes da natureza humana.

§67 – A primeira qualidade do homem, e que abrange todas as outras, é a de pessoa (§7), da qual lhe resulta a dignidade moral e jurídica (§8); podendo exigir dos outros que o não tractem como coisa ou mero meio para seus fins arbitrários, senão como ente racional exteriormente livre (§20), que tem um fim próprio (§21). Desta qualidade fundamental, resulta um direito absoluto ou primitivo, que o homem tem sobre si mesmo, e pelo qual diante dos seus semelhantes ousa viver e conservar-se com todas as vantagens, de que a natureza dotou sua alma e seu corpo (§5). Este direito pode chamar-se direito de personalidade, considerado o sentido subjetivo.

Alberto Trabucchi⁷⁶⁰, da mesma forma, enquadrava a categoria como “direitos essenciais originários ou inatos porque se pressupõem existem antes do reconhecimento jurídico”, cabendo ao direito objeto não a sua criação, mas a sua simples garantia por uma tutela em constante aperfeiçoamento.

No Brasil, França⁷⁶¹, cujos ensinamentos são seguidos por Mattia⁷⁶², destacou-se da grande maioria dos doutrinadores que se dedicaram à abordagem dos direitos da personalidade e compreendeu o direito natural como fundamento primeiro desses direitos, abrangendo faculdades que, embora pudessem não estar previstas em lei, como a imagem e a moral, seriam sancionáveis pela sua definição em outra forma de expressão do Direito, como as complementares reconhecidas no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro⁷⁶³ e o direito científico. Segundo França, portanto, os direitos da personalidade não seriam restringidos a uma natureza positiva.

De qualquer forma, na atualidade, segundo Szaniawski, está superada a “discussão de pertencerem os direitos de personalidade à categoria dos direitos subjetivos, sendo esta a corrente predominante no direito nacional e comparado, (...)”.⁷⁶⁴ Diante dessa concepção, a construção dos direitos de personalidade pela teoria tipificadora, como uma terceira categoria de direitos subjetivos, partiu da moldura utilizada para os tradicionais institutos jurídicos vinculados à proteção da propriedade e do crédito, “(...) como se utilizasse uma velha roupa para

§68 – O direito de personalidade, pois, considerado objetivamente, compreende todas as condições necessárias para a conservação e desenvolvimento da personalidade, e para o reconhecimento e respeito da dignidade moral e jurídica do homem. Por tanto nelle se enceram todos os outros direitos absolutos, que delle podem derivar-se (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 47-48).

⁷⁶⁰ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 36.

⁷⁶¹ FRANÇA, Limongi. Manual de direito civil, p. 938.

⁷⁶² MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 42.

⁷⁶³ Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, publicado no Diário Oficial da União de 9 de setembro de 1942.

⁷⁶⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 80.

vestir uma nova pessoa. Jogou-se os direitos da personalidade na mesma vala comum daqueles direitos reais e obrigacionais, com poucas especificações.”⁷⁶⁵

Dessa forma, dentro da esquematização da Teoria da Relação Jurídica sobre a qual foram assentados os outros institutos jurídicos fundamentais das codificações oitocentistas - propriedade, contrato e testamento -, os direitos de personalidade foram enquadrados como direitos subjetivos absolutos e extrapatrimoniais, que teriam por objeto aspectos da pessoa humana desprovidos de valor econômico imediato e que deveriam ser observados por tudo e por todos, sendo irrenunciáveis, inalienáveis e vitalícios.

5.2. CLASSIFICAÇÃO

Nessa visão dos direitos da personalidade como terceira categoria de direitos subjetivos e com base no norte da Teoria Tipificadora positivista, a doutrina estrangeira e a doutrina nacional preocuparam-se em proceder a uma sistematização dos bens integrantes da personalidade humana, de maneira a apontar as suas diferenciadas manifestações, justamente como forma de oportunizar a sua positivação em tipos fracionados, na forma de diferentes espécies de bens jurídicos. Para tanto, adotaram critérios diferenciados, em regra vinculados à individualidade física e à individualidade moral.

Dentro da doutrina alienígena, é possível mencionar Kayser, que, atendendo à natural evolução do direito e à conseqüente possibilidade de nascimento de novos direitos da personalidade, dividiu-os em dois grandes grupos, adotando como critério de diferenciação a natureza dos “poderes reconhecidos a uma pessoa para assegurar a proteção de um interesse moral”⁷⁶⁶. Enquadrou

⁷⁶⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 35.

⁷⁶⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 53.

na primeira categoria os direitos da personalidade, que entendia possibilitarem a defesa contra a sua ofensa pela interdição do uso ilegítimo, e, na segunda, aqueles que possibilitariam a oposição à ofensa (semelhantemente a uma obrigação de não fazer) ou a impugnação a essa por resposta específica (semelhantemente a uma obrigação de fazer), evitando a intromissão ou a divulgação ou o conhecimento errôneo de aspecto privado da vida do sujeito. Segundo Szaniawski, “qualquer pessoa tem a obrigação de abster-se de fazer ingerência na esfera privada da outrem, tendo, conseqüentemente, o titular, um direito de crédito contra aquele que tem a obrigação de abstenção”⁷⁶⁷.

Sucessivamente, Kayser impôs a esses dois grupos uma subdivisão enumerativa, pela qual é facilmente possível identificar o apego às construções científicas sobre a categoria dos direitos subjetivos. De um lado, identificou os direitos de personalidade comparáveis aos direitos reais, compreendendo o direito ao nome, ao uso do nome de família, de defesa do nome de família, da pessoa sobre o próprio corpo, sobre o corpo vivo e sobre os despojos mortais; de outro, os direitos da personalidade comparáveis aos direitos de crédito, compreendendo o direito ao respeito à vida privada, de se opor à divulgação da vida privada, de se opor à investigação da vida privada, de resposta (diferente do direito de retificação) e moral do autor e do inventor.⁷⁶⁸

Na doutrina italiana, o expoente Adriano De Cupis classificou os direitos da personalidade segundo o aspecto da pessoa a ser considerado, reconhecendo, como existente e segundo a natureza de direito subjetivo, o direito à vida e à integridade física, o direito sobre as partes destacadas do corpo e sobre o cadáver, o direito à liberdade, o direito ao resguardo (à honra, ao resguardo e ao segredo), o direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal) e o direito moral de autor⁷⁶⁹.

No âmbito nacional, praticamente a unanimidade dos doutrinadores concebeu os direitos da personalidade segundo a doutrina da tipificação, fracionan-

⁷⁶⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 54.

⁷⁶⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 52.

⁷⁶⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 51.

do o seu reconhecimento de acordo com as diversas manifestações e aspectos da personalidade humana e localizando-os dentro do direito privado, em distinção aos direitos humanos ou fundamentais situados no âmbito do direito público.

Pontes de Miranda⁷⁷⁰, semelhantemente a De Cupis, classificou os direitos da personalidade em doze espécies distintas, quais sejam: o direito à vida o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica, o direito à liberdade, o direito à verdade, o direito à honra, o direito à própria imagem, o direito à igualdade, o direito ao nome (envolvendo o prenome, o patronímico, o nome comercial e o pseudônimo), o direito à intimidade, o direito ao sigilo, e o direito autoral.

França, por sua vez, classificou os direitos da personalidade de acordo com os aspectos da personalidade a que cada um correspondia conforme sua natureza preponderante – se física, moral, ou intelectual –, ressaltando que alguns poderiam ter pontos de contato com ambos os grupos, como é o caso do direito à imagem, que coincidiria com a natureza moral e a física. Com base nesse critério, apresentou-os segundo uma estrutura fundamental tríplice e, em cada uma dessas espécies, subclassificou especialidades. Dentro do *direito à integridade física*, enquadrou o direito à vida e aos alimentos, o direito sobre o próprio corpo vivo e morto, o direito sobre o corpo alheio vivo e morto, o direito sobre as partes separadas do corpo vivo e morto. Num segundo ramo, reconheceu o *direito à integridade intelectual*, no qual abrangeu o direito à liberdade de pensamento, o direito pessoal de autor científico, o direito pessoal de autor artístico, o direito pessoal de inventor (e artístico e científico ao mesmo tempo). Por fim, como última ramificação, reconheceu o *direito à integridade moral*, no qual incluiu o direito à liberdade civil, política e religiosa; o direito à honra; o direito à honorificência, ou seja, ao reconhecimento público por valores morais (títulos, comendas, medalhas); o direito ao recato: o direito à estória da própria vida; o direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; o direito à imagem; o direito à identidade pessoal, familiar e social (nome, etc.).⁷⁷¹

⁷⁷⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 73.

⁷⁷¹ FRANÇA, Limongi. Manual de direito civil, p. 938-941.

Gomes, adotando critério semelhante ao utilizado na classificação proposta por França, também a centralizando segundo a identidade física e moral da pessoa, apontou uma divisão bipartida, seccionada na *proteção à integridade moral*, abrangente do direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e à moral do autor, e no *direito à integridade física*, que teria adquirido maior importância em virtude dos progressos da ciência e dos novos hábitos e costumes, nele se enquadrando o direito à vida, que não legitimaria o suicídio ou a eutanásia (homicídio por compaixão) e não compreenderia tornar a vida artificialmente mais suportável ou agradável, à custa de estupefacientes, ou ataráxicos, e o direito sobre o próprio corpo inteiro e partes separadas, envolvendo o direito de decisão sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e perícia médica, desdobrando-se a proteção contra os atentados procedentes de terceiros e contra o poder de disposição do próprio indivíduo.⁷⁷²

Todas essas classificações em sede doutrinária, algumas das quais alcançadas tendo como base não apenas dados científicos, mas também jurisprudenciais, constituíram fonte à elaboração das leis extravagantes que, com o passar do tempo, passaram a positivar as respectivas espécies de direitos de personalidade.

5.3 DECADÊNCIA

A decadência da Teoria Tipificadora dos direitos da personalidade, acolhida ao final do século XIX e na primeira metade do século XX pela grande maioria dos países europeus e também pelo Brasil, teve início diante do seu fracas-

⁷⁷² GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 153-157. O autor questiona sobre a licitude de arriscar a vida em exercícios perigosos e desnecessários pelo torpe afã de enriquecer; indaga se deve ser reconhecido o direito a embelezar-se, tornando-se legítima a prática da cirurgia estética por vaidade ou requisito ao exercício de profissões; e questiona a prática da inseminação artificial e o direito à esterilização.

so na sistematização dos direitos da personalidade e da própria proteção por ela estendida à personalidade humana.

As modificações sociais, econômicas, políticas e tecnológicas ocorridas principalmente na primeira metade do século XX geraram uma maior ofensividade ao homem, multiplicando os atentados à personalidade humana, provocando não apenas uma preocupação com o reconhecimento e a sistematização dos direitos de personalidade, mas com tornar suficiente a tutela alcançada à personalidade humana.

A ganância humana, a falta de respeito pelo próximo, a exploração de fatos escandalosos através dos meios de comunicação e o desenvolvimento de uma tecnologia cada vez mais aperfeiçoada dos aparelhos que invadem a esfera da vida privada alheia trouxeram como que um aprisionamento do ser humano e da sociedade, exercendo, desta forma, uns sobre os outros, um poder e um controle quase que absoluto.⁷⁷³

Em sistemas jurídicos arraigados ao positivismo jurídico, esse caminho foi trilhado pela consagração, positivada, de novos tipos e subtipos de direitos de personalidade, num fracionamento sempre constante e cada vez mais minucioso, especialmente por construções doutrinárias calcadas em classificações tipificadoras.

Esse fenômeno, proporcionalmente ao crescimento do grau de complexidade da vida social, acabou provocando uma enxurada de direitos e classificações de direitos de personalidade, em cuja categoria acabaram sendo incluídos tipos desvinculados da sua natureza e do objeto, na forma de *falsos direitos de personalidade*, segundo a denominação a eles atribuída por Kayser.⁷⁷⁴ Segundo esse doutrinador, esses tipos dissimulados eram originários, na tentativa de ampla proteção à pessoa humana, da incontrollada ampliação realizada sobre a tipologia dos direitos de personalidade, em razão da insuficiência da teoria tipificadora e fracionária e da admissão ilimitada de novos tipos e subtipos, como é o caso do direito ao lazer, do direito ao silêncio, do direito ao prazer sexual, do di-

⁷⁷³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 27.

⁷⁷⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 86.

reito a alimentos e do direito à informação. Esses direitos, contudo, estavam em desacordo com a natureza dos direitos da personalidade, como direitos subjetivos carregados de um poder determinado e oponível a todas as pessoas, e ao objeto dos direitos da personalidade, centrado em aspectos intrínsecos da pessoa humana e a ela inerentes na sua individualidade e dignidade.

Essa situação acabou provocando, cada vez mais, a criação doutrinária de “(...) novas e infinitas tipificações e subtipificações, como se a personalidade humana fosse um buraco negro”⁷⁷⁵ e como se cada doutrinador fosse proprietário de uma própria classificação, provocando um verdadeiro caos que acabou por afastar qualquer fundamento científico sobre o qual se baseava a Teoria Tipificadora.

Por outro lado, em que pese esse fracionamento e reconhecimento incontrolado de novas espécies de direitos de personalidade, a Teoria Tipificadora ainda se apresentou insuficiente para a proteção da personalidade humana na medida em que, esta, pela sua inerente complexidade e dinâmica, ao ser afetada pela vida social, igualmente complexa e dinâmica, sempre acabou sofrendo novas modalidades de atentados, nunca suficientemente positivados nos tipos legais, como “o direito à qualidade de vida, o direito à identidade sexual, o direito à identidade genética, o direito à opção sexual, o direito ao conhecimento da própria origem genética, o direito à procriação mediante reprodução assistida, entre outros”.⁷⁷⁶ “A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática”.⁷⁷⁷

A falta de positivação acabou escancarando a ineficácia da Teoria Tipificadora com relação à proteção dos direitos de personalidade, assim como o sistema jurídico positivado mostrou-se lacunoso e falho na proteção dos seus institutos jurídicos fundamentais. Não obstante, paralelamente, o apego à necessidade de previsão legal acabou igualmente provocando a estagnação da prote-

⁷⁷⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 86.

⁷⁷⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 123.

⁷⁷⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 227.

ção aos direitos de personalidade, exigindo um novo fundamento que se enquadrasse nas novas exigências protetivas e que encontrasse acolhida dentro da exigência de unidade e abertura do novo sistema jurídico, não mais arraigado nas categorias cientificamente pré-constituídas e na antiga distinção dogmática do direito público e privado.

5.2. DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

A ordenação da proteção jurídica da personalidade humana foi organizada, em sede doutrinária, paralelamente à Teoria Tipificadora dos direitos de personalidade, pela Teoria do Direito Geral de Personalidade, pela qual a personalidade humana produziria, juridicamente, um único efeito⁷⁷⁸, ou seja, um direito único e genérico de personalidade, que alcançaria a todos os aspectos e manifestações dessa, sendo suficiente, pela sua abrangência, para a sua ampla proteção. Dessa maneira, a própria personalidade humana seria considerada como bem juridicamente relevante, sem a tipificação dos seus aspectos e expressões, com a exclusão de direitos de personalidade autônomos e particulares.

O fundamento jurídico dessa concepção genérica do direito de personalidade, os critérios adotados com base nesse fundamento para a sistematização desse direito e a natureza jurídica atribuída a esse direitos foram negados pela ciência jurídica ao tempo da pandectística, justamente em razão de a abertura e imprecisão do seu conceito não se enquadrarem na operacionalização da lógica formal aplicada à construção do sistema jurídico interno e fechado criado por aquela. Dessa forma, impõe proceder ao esclarecimento desses tópicos, partindo das concepções originárias do direito geral de personalidade formuladas ainda ao final do século XIX, de maneira a analisá-las perante as concepções atu-

⁷⁷⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 50.

ais da pessoa e da personalidade humana, e da própria estrutura contemporânea dos sistemas jurídicos em geral, também como base para a ressystematização que doutrinariamente vem sendo proposta à categoria dos direitos de personalidade, a qual será objeto de abordagem específica (item 6).

5.2.1. Nascimento

Apesar do direito geral de personalidade ter passado a ser objeto de constantes e inovadoras afirmações somente a partir da segunda metade do século XX, ganhando ainda mais relevância na discussão jurídica ao final do século XX e início do século XXI, a teoria que o sustenta e o seu reconhecimento como forma de tutela da personalidade humana tiveram seu nascimento segundo a inspiração do *ius in se ipsum* e por influência das construções da Escola do Direito Natural ainda no século XVIII, que defendia a existência de direitos originários ou inatos a cada pessoa, irrenunciáveis e inalienáveis, cuja proteção deveria verificar-se de forma ampla e absoluta.

O direito alemão, o direito austríaco e o direito suíço já no século XIX reconheciam a existência desse direito geral de personalidade, garantindo à personalidade humana uma genérica proteção. Contudo, esse posicionamento era excepcional, considerando que a maior parte dos ordenamentos, sofrendo a influência do pensamento da Escola Histórica do Direito e do próprio positivismo jurídico, negava o reconhecimento da existência do direito geral de personalidade e o reconhecimento dos próprios direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos, pelas razões expostas no item 2.3 do primeiro capítulo.

De qualquer forma, a teoria do direito geral de personalidade desenvolveu-se na Alemanha e na Suíça (e na Áustria, indiretamente, pela influência originárias das construções realizadas nesses países), pelas construções doutrinárias de alguns juristas expoentes.

Na Alemanha, ainda no século XIX, partindo da concepção de direito subjetivo como um poder sobre um objeto, Putcha, em franca oposição às construções de Savigny (itens 2.2.3 e 2.3.1, *infra*), não apenas defendeu a existência de direitos sobre a própria pessoa como propôs unificar essa categoria num conceito matriz de direito de personalidade⁷⁷⁹, identificando como seu objeto a própria vontade do sujeito da relação jurídica, que, pela essencialidade, exigia respeito a si, à liberdade e à personalidade. Contudo, sua proposição foi criticada por parcela majoritária da doutrina, segundo a arguição de “considerar como direito autónomo aquilo que seria fundamento de todos os outros direitos, de fazer da pessoa o sujeito e o objecto do mesmo direito e a de no fim da sua lógica levar a reconhecer um direito ao suicídio.”⁷⁸⁰

Gierke e Egger⁷⁸¹, por sua vez, repudiando a idéia da existência de multifacetados direitos da personalidade tipificados em lei, sustentavam a existência de um direito geral de personalidade, no sentido de existir “um único e genérico direito de personalidade assim como cada um de nós possui uma personalidade, a sua personalidade, (...)”⁷⁸², sendo seguidos por Dernburg e Regerlsberger.⁷⁸³ A variação ocorreria apenas com relação aos “modos de atentar contra a personalidade do indivíduo”⁷⁸⁴.

Com base nessa teoria, a tutela civil da personalidade humana era garantida no direito alemão pela eficácia do direito geral de personalidade, segundo a instrumentalização da *actio iniuriarum* do direito romano⁷⁸⁵, sendo desen-

⁷⁷⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 130.

⁷⁸⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 130.

⁷⁸¹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 225.

⁷⁸² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 29-30.

⁷⁸³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p.130, nota 131.

⁷⁸⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 45-46.

⁷⁸⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 129.

volvida e aplicada pelo Supremo Tribunal do Reich em inúmeros dos seus julgados.

No direito alemão, contudo, essa teoria do direito geral de personalidade acabou sendo abandonada “segundo o influxo da técnica tipificadora do BGB”⁷⁸⁶, conforme anteriormente exposto (item 5.1.2, “b.1”).

Na Suíça, contudo, diferentemente da Alemanha, na qual a existência e aplicação do direito geral de personalidade efetivaram-se por construção doutrinária e jurisprudencial, mas, posteriormente, foram afastadas por força das inovadoras disposições da codificação civil de 1900 (item 5.1.2, ‘b.1’), que restringiram a tutela da personalidade a algumas poucas tipificações fracionadas, o reconhecimento do direito único de personalidade ocorreu em sede legislativa, o que permitiu e garantiu a manutenção e sobrevivência da teoria genérica em face das teorias positivistas tipificadoras.

O Código Civil suíço de 10 de dezembro de 1.907, no seu artigo 28, I, trouxe uma cláusula geral na qual reconheceu expressamente a existência de um direito geral de personalidade⁷⁸⁷, protegendo os interesses morais e a atividade econômica da pessoa (*“celui qui subit une atteinte illicite dans ces intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser”*).⁷⁸⁸ O referido dispositivo previa, inicialmente, três medidas judiciais à proteção da personalidade: a pretensão de cessação da perturbação (alcançada pela interdição da perturbação – *Unterlassungsklage* ou *azione inibitoria*; ou pela supressão da perturbação – *Be-seitigungsklage* ou *azione di remozione*), de reparação por perdas e danos (fundada na Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva e admitida nos casos ex-

⁷⁸⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 225.

⁷⁸⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 63.

⁷⁸⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 30. De acordo com Szaniawski, esse dispositivo, com a redação dada pela Lei Federal de 16 de dezembro de 1983, passou a dispor que “celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour la protection contre toute personne qui y participe – Une atteinte est illicite, à moins qu’elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi”, alcançando a definição de atentado ilícito como sendo toda a “agressão não justificada pelo consentimento da vítima, por um interesse público ou privado preponderante” (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 48).

pressamente previstos em lei) e de reparação por danos morais. Não obstante, diante da abertura daquela cláusula protetiva, jurisprudencialmente, foram criadas outras três espécies de tutelas da personalidade humana, correspondentes à pretensão preventiva, de constatação do direito (*actio de constation de droit*), com caráter também preventivo à lesão, e de legítima defesa.⁷⁸⁹

Não obstante, Szaniawski, embasado nos ensinamentos de Jacques Michel Grossen, ressalta que, apesar de numerosos, esses meios protetivos eram bastante pobres na proteção da personalidade humana, por encontrar-se “o direito helvécio encerrado dentro de estreitos limites no tocante à matéria”.⁷⁹⁰ Por um lado, a tutela da pretensão de reparação por perdas e danos, estando fundada na teoria subjetiva da responsabilidade civil e sendo admitida apenas nos casos expressamente previstos em lei, acabava sendo aplicada apenas nas hipóteses de reparação de danos patrimoniais, havendo uma recusa pretoriana em alcançar indenizações extrapatrimoniais, perdendo, por isso, o pouco do caráter de sanção dos direitos de personalidade; por outro, a tutela da pretensão de reparação de danos morais somente era admitida como meio excepcional diante de situações marcadas pela gravidade do dano.⁷⁹¹

O direito suíço, dessa forma, apesar de contar com uma cláusula geral protetiva da personalidade humana pela qual se extraiu o acolhimento do direito geral de personalidade, garantia, na sua origem, uma aplicabilidade relativamente restrita a essa disposição diante das limitações impostas à natureza das tutelas jurisdicionais garantidas à mesma. A efetiva tutela da personalidade humana de forma ampla e genérica demandaria que o direito suíço, segundo os ensinamentos de Grossen, não apenas ampliasse “o campo de atuação da reparação do dano moral”, na forma de uma sanção de natureza privada, mas também elevasse os valores das indenizações dessa natureza, por força da qual alcançariam também um caráter preventivo.⁷⁹²

⁷⁸⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 94.

⁷⁹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 94.

⁷⁹¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 94.

⁷⁹² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 96-97.

O Código Civil austríaco de 1811 (ABGB), por sua vez, diferentemente da maioria das codificações civis que seguiu às revoluções liberais, pelas disposições contidas nos seus artigos 16 (“cada homem tem direitos inatos, já evidentes através da Razão, e por isso deve considerar-se como uma pessoa”) e 17 (“o que é conforme aos direitos naturais inatos é tido por existente, enquanto a limitação legal destes direitos não estiver provada”), admitiu o direito natural como fonte subsidiária de direito, acentuando nas suas normas os ideais jusracionalistas e liberais de liberdade e igualdade.

Por essa abertura contida no artigo 16, Zeiller – “jusracionalista muito influenciado pelas idéias de Kant”⁷⁹³ - vislumbrou a possibilidade de extrair o reconhecimento normativo do direito geral de personalidade, então definido como “o direito de afirmar a dignidade de um ser racional livremente actuante”⁷⁹⁴. A doutrina austríaca, segundo os normativos do Código Civil de 1811, continua ainda hoje a reconhecer a existência do direito geral de personalidade, atribuindo-lhe como fundamento o próprio direito natural, na forma de um direito originário e inato ao homem.

Ao reconhecimento do direito geral de personalidade segundo o posicionamento da teoria genérica, contudo, foram opostos fortes obstáculos científicos. Na Alemanha, doutrinariamente, opunha-se ao reconhecimento do direito geral de personalidade a suposta dificuldade existente no estabelecimento de limites a esse direito, que, por tratar-se de um direito ilimitado contido numa expressão indeterminada, tornava insegura a sua aplicação, incompatibilizando-se com os anseios de segurança e precisão objetivados e pretensamente alcançados pela codificação positivista.⁷⁹⁵

No Brasil, sendo a doutrina quase que integralmente adepta da Teoria Tipificadora, a negativa do direito geral de personalidade também foi calcada em semelhante objeção. Gomes, defensor ferrenho da natureza positiva dos direi-

⁷⁹³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 71.

⁷⁹⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 71.

⁷⁹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 61.

tos da personalidade, negou acolhimento à Teoria do Direito Geral de Personalidade em razão de não se compadecer com a sua natureza positiva, especialmente por propiciar “uma categoria ilimitada e favorecer sua confusão com a própria personalidade”.⁷⁹⁶

Alguns doutrinadores procuraram afastar a procedência dessas objeções, todavia não encontraram guarida entre os demais ao seu tempo. Neumann-Duesberg e Nipperdey, segundo Szaniawski, teriam conseguido demonstrar que, não obstante a abertura, encontraria limitação, segundo decisões do Tribunal Federal, na categoria dos direitos fundamentais constitucionalmente objetivados, de maneira que esses atuariam na forma de “um direito mãe, uma fonte de direito, do qual emanam outros”.⁷⁹⁷

Na Itália, Gianpiccollo afastou os obstáculos levantados doutrinariamente ao reconhecimento do direito geral de personalidade quanto à falta de uma formal disposição legal reconhecedora de um genérico âmbito de proteção do indivíduo e à falta de limites à tutela genérica da personalidade. Configurou a sua demarcação “no costume e na consciência social do povo”⁷⁹⁸, no sentido de, como homem social, surgirem limitações naturais ao seu único direito de personalidade, “no tempo em que vive e no contato com seus próprios semelhantes, encontrando restrições na imposição do interesse coletivo”⁷⁹⁹.

Szaniawski, por fim, traz ensinamentos valiosos relativamente aos limites do direito geral de personalidade, expondo que “são fixados em cada caso concreto, através da ponderação de bens e interesses postos em litígio, aplicando-se o princípio da proporcionalidade”⁸⁰⁰, de maneira que “são concretizados na proteção decorrente e determinável dos direitos singulares, tendo-se como ponto de partida a idêntica liberdade que possui a parte contrária da relação jurídi-

⁷⁹⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, p. 152.

⁷⁹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 61.

⁷⁹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 67.

⁷⁹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 67.

⁸⁰⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 61.

ca”.⁸⁰¹ E explica a ponderação sobre os interesses em litígio nos seguintes termos:

Vamos, pois, encontrar atentados ao direito geral de personalidade que se caracterizam pela existência de uma exclusão de ilicitude através de uma justificativa juridicamente reconhecida. Justifica-se a lesão somente, quando o interesse contido na pretensão do lesado tiver de ceder a considerações objetivas em relação à existência de valores superiores ou superiores categorias públicas ou privadas. Um tal interesse superior deve ser perseguido quando a lesão, após cuidadosas ponderações, mostra-se necessária e inevitável, levando-se também em conta o conteúdo, forma e circunstâncias acessórias da espécie, revelando-se ser este o meio para alcançar as finalidades que se buscava.⁸⁰²

De qualquer forma, essa concepção inicial do direito geral de personalidade pela qual buscava-se a defesa da pessoa humana já no âmbito do direito civil e, especialmente, contra o poder do Estado, sofreu declínio a partir das concepções da Escola Histórica do Direito, que negava a “(...) existência de uma categoria jurídica destinada à proteção da personalidade da pessoa, qualificada como um direito subjetivo (...)”⁸⁰³, e do positivismo jurídico, que recusava juízos de valor e noções metafísicas na ciência jurídica, reconhecendo como fonte única do direito a vontade estatal.

Segundo expõem Oliveira e Muniz com base no pensamento de Giuseppe Tucci, “o século XIX conheceu um processo de progressivo esvaziamento dos Códigos Civis em relação ao primitivo conteúdo de defesa dos direitos individuais do Direito Privado”.⁸⁰⁴

Não obstante, mantendo-se hígida mesmo que apenas no plano teórico e recepcionada em isolados sistemas jurídicos, a Teoria do Direito Geral de Personalidade não foi extinta por desconstituição científica. Manteve-se, segundo ressalta Szaniawski, em “(...) um estado de dormência, até meados do século

⁸⁰¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 61.

⁸⁰² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 61.

⁸⁰³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 44.

⁸⁰⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 226.

XX, (...)”⁸⁰⁵, período dentro do qual a proteção à personalidade humana foi efetivada essencialmente segundo os fundamentos da Teoria Tipificadora, através da tutela pública e privada.

5.2.2. Renascimento

Adormecida até meados do século XX não apenas por força das objeções doutrinariamente opostas ao seu reconhecimento, mas também pela preferência atribuída à Teoria Tipificadora positivista, a Teoria do Direito Geral de Personalidade passou a ser novamente objeto de estudos e discussões doutrinárias na última metade do século XX, encontrando o seu revigoreamento em face da necessidade sentida pelos juristas em geral de ampla proteção da personalidade humana e das limitações que, com o tempo, foram caracterizando as espécies tipificadas dos direitos de personalidade, determinaram a decadência da Teoria Tipificadora (item 5.1.3).

Por conta de todas as mudanças sociais, econômicas e políticas sentidas pelo homem na primeira metade do século XX, e especialmente das inovações tecnológicas que, usadas abusivamente, passaram a afetar a sua vida privada a partir da Segunda Guerra Mundial e, notadamente, na segunda metade do século XX (item 4.1), o homem contemporâneo passou a reivindicar uma concreta esfera de resguardo e de ação hábil a possibilitar a defesa da sua personalidade enquanto ser humano. Reconhecendo a necessária igualação nas condições sociais básicas (como educação e saúde), por razões de sobrevivência e culturais, igualmente passou “a reclamar, ciente da sua individualidade constantemente ameaçada pela ‘normalização’ e pela massificação, um direito à diferença

⁸⁰⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 44.

que contemple a especificidade da sua personalidade.”⁸⁰⁶ Postulou a valorização, portanto, não apenas da sua essência, mas, especialmente, da sua existência, como ser que, além de existir pela sua humanidade, também se desenvolve pela sua individualidade e pessoalidade.

Essa reivindicação e reclamação foram atendidas, por um lado, pelo próprio alargamento dos direitos especiais de personalidade na seara pública e privada, mas, sobretudo, e por outro lado, pela reemersão e consagração do direito geral de personalidade, cuja concretização e delimitação de objeto tornaram-se a nova meta da doutrina contemporânea. Compreendeu-se que a tutela multiparcelar das diferentes expressões da personalidade humana, na forma da Teoria Tipificadora, era insuficiente para a efetiva proteção contra o poder dominante e contra a ação de particulares, pois, concedendo-se resguardo apenas àqueles aspectos e manifestações tipificados, acabava-se por castrar o essencial da personalidade humana, que é justamente a sua natureza dinâmica e ilimitada.

O reconhecimento do direito geral de personalidade, dessa forma, justificado “na falência do ideal positivista como também na infinita possibilidade de desenvolvimento da personalidade humana”⁸⁰⁷, passou a ser vislumbrado como o instrumento ao alcance da unidade e expansividade da personalidade humana, pois permitiria a abrangência não somente daqueles aspectos já tipificados nos direitos especiais de personalidade como daqueles ainda não tipificados como relevantes, e auxiliaria na antropocentralização das regras jurídicas, em convergência ao personalismo ético que viria a traçar o novo perfil do Direito ao final do século XX.⁸⁰⁸

a) Fundamentos: objeto unitário

⁸⁰⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 84.

⁸⁰⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p.47.

⁸⁰⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 84-85.

A Teoria do Direito Geral de Personalidade encontrou fundamento, por ocasião do seu renascimento a partir da metade do século XX, principalmente na definição da unidade do valor pessoa humana, o que determinou que a proteção a ela estendida fosse concebida genericamente, na forma de um direito único que alcançasse a personalidade como um todo, sem precisar e autonomizar específico aspecto ou modo de ser da personalidade que carece de proteção.

Por conta da visão da personalidade humana como um bem jurídico unitário, multifacetado e global, integrado tanto por bens ligados à realidade física do homem como por componentes espirituais ou morais, e sempre em constante mutação, o direito geral de personalidade igualmente foi concebido como eficácia única da personalidade humana enquanto elemento de fato jurídico relevante. O objeto desse direito geral de personalidade, dessa forma, passaria a ser a personalidade humana “em todas as suas manifestações actuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, e tutela a sua livre realização e desenvolvimento (...)”⁸⁰⁹, alcançando a pessoa como centro de decisão livre vinculado ao próprio projeto, situação e possibilidades, independentemente de um modelo de personalidade.

A contemporânea visão da personalidade humana, portanto, encontrou perfeita guarida segundo o efeito do direito geral de personalidade, alcançando, por isso, uma tutela cuja amplitude efetivamente garantiria defesa ao seu contexto dinâmico e ilimitado.

b) Natureza jurídica

⁸⁰⁹ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 16.

Com esse fundamento, uma das maiores discussões que se estabeleceram sobre o direito geral de personalidade, assim como se fez sobre os direitos de personalidade segundo a base da Teoria Tipificadora, foi sobre a definição da sua natureza jurídica, estabelecendo-se árduo embate sobre tratar-se de direito subjetivo e, como tal, enquadrar-se na categoria de direito absoluto.

Capelo Souza ressalva, contudo, que essa divergência doutrinária pode ser atribuída a duas razões principais: primeiro, ao fato de ainda inexistir um consenso sobre a definição dos direitos subjetivos como categoria jurídica; segundo, ao fato de, tratando-se de uma construção teórica, cada doutrinador posicionar-se em função da estrutura do ordenamento jurídico do seu país, sendo afetado pelas categorias e construções inerentes a esse. De qualquer forma, partindo de uma concepção de direito subjetivo convergente à classicamente reconhecida, após fazer remissão, entre outros, às definições de Manuel de Andrade (item 2.2.1, *infra*), Castanheira Neves e Orlando de Carvalho, é categórico ao afirmar que “o direito geral de personalidade é um insofismável direito subjetivo privado”.⁸¹⁰

Segundo Souza, não haveria qualquer impedimento à aplicação da noção de direito subjetivo ao direito geral de personalidade, quando concebido aquele como “o mecanismo de regulamentação, adotado pelo Direito, que consiste na concreta situação de poder que faculta a uma pessoa em sentido jurídico pretender ou exigir de outra um determinado comportamento positivo ou negativo”.⁸¹¹ O titular do direito geral de personalidade, assim como com relação aos demais direitos subjetivos, também pode exigir, não apenas pretender, de outro sujeito ou da coletividade o respeito à sua própria personalidade humana, com a satisfação dos interesses vinculados a essa. Essa exigência, também segundo o enfoque de uma esfera de liberdade, sempre estaria segundo o im-

⁸¹⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 614.

⁸¹¹ Orlando de Carvalho apud SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 606-607.

pulso da vontade do titular do direito geral de personalidade, cuja autonomia seria estendida à própria opção da tutela jurisdicional pretendida, numa escolha quanto ao modo de exercício do direito. O direito geral de personalidade, dessa forma, encontraria perfeita acolhida na definição de direitos subjetivo como “poder de atuação jurídica reconhecida e limitada pelo direito”.⁸¹²

Seguindo aos ensinamentos de Orlando de Carvalho, Sousa retrata o próprio posicionamento desse jurista sobre a categorização do direito geral de personalidade como direito subjetivo, ao conceber a pessoa humana como “titular de um direito subjectivo sobre si mesma, sobre a pessoa humana *tout court* – o que se chama o direito geral de personalidade –, direito que tutela a pessoa não apenas como ser mas como ser em devir e, por consequência, no seu próprio poder de autodeterminação ou autogestão, (...)”.⁸¹³

Em oposição a essa imputação da natureza jurídica de um direito subjetivo, foram apresentados arrazoados vinculados à não-delimitação precisa do objeto do direito geral de personalidade e à condicionalidade do domínio exercido pelo mesmo sobre o seu objeto, características essas que não se compatibilizariam com a concepção do direito subjetivo vinculado ao conceito de propriedade, enquanto domínio ilimitado sobre uma coisa corpórea. Essas objeções, contudo, segundo Sousa, ainda estariam vinculadas a “concepções ultrapassadas dos direitos subjectivos”⁸¹⁴, na medida em que, longe desse domínio ilimitado sobre coisa corpórea, o direito subjetivo foi consagrado segundo a essência de “uma posição de poder outorgada pela ordem jurídica”.⁸¹⁵

Esse poder, contudo, na atualidade, diante da funcionalidade assumida pelo Direito e imputada ao próprio direito subjetivo absoluto por excelência - o direito de propriedade -, passou a vincular-se a um exercício funcional asseme-

⁸¹² AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, 2003, p. 187.

⁸¹³ Orlando de Carvalho apud SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 607, nota 8.

⁸¹⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 607, nota 8.

⁸¹⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 608, nota 8.

lhado ao exigido em face do direito geral de personalidade, não havendo incompatibilidade nesse sentido. Por outro lado, a imposição de limitações ao exercício do direito geral de personalidade não afetaria a sua configuração como poder de autodeterminação da pessoa sobre a própria personalidade, não afastando a configuração daquele como um direito subjetivo preservador da esfera de liberdade do seu titular.

De qualquer maneira, o objeto do direito geral de personalidade, em que pese à amplitude do seu conceito, seria delimitado em função da personalidade humana como bem jurídico global e unitário e, essencialmente, “pela estrutura dos poderes e deveres que integram o seu conteúdo normativo, pelos efeitos de negócios jurídicos emergentes da autonomia privada, por direitos de outrem, por deveres do seu titular, pelas regras da colisão de direitos, pela ponderação de causas justificativas da ilicitude e da culpa e pela não indenizabilidade dos danos não patrimoniais sem gravidade”.⁸¹⁶

Por fim, as características da indisponibilidade e da irrenunciabilidade também não excluiriam essa inclusão do direito geral de personalidade segundo a natureza de um direito subjetivo, uma vez que “não é característica necessária do direito subjectivo a sua plena disponibilidade ou alienabilidade. Bastam à subjectivação os amplos poderes de uso, de administração, de reivindicação e de auto-determinação sobre os elementos da personalidade detidos pelo seu titular, (...)”.⁸¹⁷ Ademais, são presentes restrições legais à plena disponibilidade dos direitos patrimoniais em sede de liberdade contratual e de conteúdo do direito de propriedade, e, não obstante, esses são enquadrados como direitos subjetivos.

Dessa forma, assim como os direitos de personalidade originários da concepção atomística, também o direito geral de personalidade renasceu em meados do século XX segundo a concepção majoritária, da natureza jurídica de um direito subjetivo por excelência, representativo da melhor expressão de au-

⁸¹⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 607, nota 8.

⁸¹⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 609-610.

tonomia da pessoa humana na comunidade jurídica, pelo “inerente reconhecimento do poder de autodeterminação do indivíduo e das suas estruturas físico-anímico-ambientais, (...)”.⁸¹⁸

De qualquer maneira, inserido na categoria estática dos direitos subjetivos, cuidou-se de, igualmente, ordená-la em face das demais espécies de direitos subjetivos, de maneira a diferenciá-los, inclusive para fins de melhor delimitação de seu objeto e eficácia. Por um lado, em diferenciação dos direitos reais, o direito geral de personalidade foi enquadrado na natureza de um direito subjetivo pessoal, ou não patrimonial, na medida em que, não tendo por objeto um patrimônio ou bens que o compõem, e muito menos prestações por outro sujeito, situa-se no hemisfério pessoal do seu titular, e “é insuscetível de ser reduzido a uma soma em dinheiro”.⁸¹⁹

Por outro lado, diferenciando-se dos direitos de família, o direito geral de personalidade teria a natureza de um direito subjetivo pessoal, mas absoluto, uma vez que ao seu titular é garantido o poder de exigir de todos os demais sujeitos a observância do dever geral de respeito, seja por um dever geral de abstenção ou de ingerência, seja por deveres gerais de ação ou de solidariedade social. O bem global da personalidade humana, dessa forma, sofreria afetação exclusivamente pelo uso, fruição, reivindicação e autodeterminação do seu titular.

Dessa forma, como espécie de eficácia resultante da personalidade humana como elemento de fato jurídico relevante, o direito geral de personalidade, ao renascer em meados do século XX, assumiu a feição de um direito subjetivo pessoal e absoluto, paralelamente aos demais direitos pessoais e reais, mas, ressalva-se, segundo o enquadramento de uma garantia de autodeterminação

⁸¹⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 610.

⁸¹⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 616.

na seara privada, pois, segundo Sousa, era “um insofismável direito subjectivo privado”.⁸²⁰

c) Direito comparado

O renascimento do direito geral de personalidade encontrou mais fervor no direito alienígena por construções doutrinárias e jurisprudenciais calcadas, essencialmente, em normativos constitucionais e, por força dessas, foi timidamente reconhecido no direito nacional, encontrando reservados trabalhos de sistematização doutrinária.

A abordagem, nesse tópico, portanto, será resumida aos ordenamentos jurídicos nos quais o seu reconhecimento foi mais significativo, pautando-se a sua relevância, inclusive, pela influência que as respectivas construções geraram na difusão, especialmente no direito nacional, da noção do direito geral de personalidade.

c.1 Alemanha

Segundo Sousa, fatores históricos como “(...) o fim da 2ª Guerra, o desmantelamento da orgânica nazi e a conscientização dos perigos de uma pretensa neutralidade do direito objectivo centralizado”⁸²¹ determinaram a ressubjetiva-

⁸²⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 614.

⁸²¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 133.

ção do direito alemão pelo reconhecimento nos artigos 1º e 2º da Constituição da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949, nominada Constituição de Bonn ou Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz* - GG), da existência de *direitos do homem*, da dignidade da pessoa humana e de um direito geral de personalidade.

Szaniawski também atribui a razões históricas o renascimento do direito geral da personalidade na prática jurídica alemã, afirmando que as novas disposições constitucionais foram originárias da sensibilidade do constituinte do pós-guerra “às lacunas deixadas pela teoria fracionária e tipificadora”⁸²², e estavam voltadas a garantir em grau máximo a tutela da personalidade humana, o que foi alcançado pela mutação da jurisprudência negativa do Tribunal Federal alemão.⁸²³

De acordo com o artigo 1º da Lei Fundamental⁸²⁴, “a dignidade da pessoa humana é inviolável”⁸²⁵ e “todo o poder estatal tem o dever de a respeitar e proteger”⁸²⁶. Ainda de acordo com o mesmo dispositivo, “o povo alemão declara-se partidário, por causa disso, de invioláveis e inalienáveis direitos do homem, como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no Mundo”⁸²⁷, prevendo a eficácia desses direitos sobre terceiros, ao dispor que “os

⁸²² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 58.

⁸²³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 56.

⁸²⁴ “Segundo o art. 1º, “a dignidade do ser humano é intangível. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo poder estatal. O povo alemão reconhece por conseguinte os invioláveis e inalienáveis direitos do homem como fundamento da comunidade humana, da paz e da justiça. Os direitos fundamentais que seguem vinculam o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como Direito imediatamente vigente.” (OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 225).

⁸²⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 85 e 134.

⁸²⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 85 e 134.

⁸²⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 85 e 134.

direitos fundamentais seguintes obrigam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, como direito vigente directamente aplicável”⁸²⁸.

Outrossim, no seu artigo 2º, a Constituição de Bonn reconheceu expressamente a existência de um direito geral de personalidade, dispondo que “cada um tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não viole os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”⁸²⁹.

Com base nessas disposições dos artigos 1º e 2º da Constituição alemã de 1949, o Tribunal Federal de Justiça (BGH – *Bundesgerichtshof*), criado também pela Lei Fundamental de 1949, “rompendo com a jurisprudência do antigo Tribunal do Reich”⁸³⁰ e numa mutação que doutrinariamente foi atribuída a razões históricas, no caso *Schacht*, declarou a existência de um direito geral de personalidade nas relações privadas segundo a seguinte ementa:

Uma vez a lei fundamental tendo reconhecido o direito do homem ao respeito da sua dignidade e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade também em conceito de direito privados *erga omnes*, enquanto não infrinja os direitos de outros ou não contravenha a ordem constitucional ou a lei moral, o direito geral de personalidade tem de ser considerado como um dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição.⁸³¹

⁸²⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 85 e 134.

⁸²⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 85 e 134. “O art. 2º assim reza: “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade, contanto que não violem os direitos alheios, e não transgridam a ordem constitucional ou a lei moral. Todos têm direito à vida e à incolumidade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Esses direitos só podem ser limitados com base em lei. (OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 225).

⁸³⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 225.

⁸³¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 31-32.

Desde então (e após outros inúmeros casos, conforme enumeram Szaniawski e Souza⁸³²), reconhecendo naqueles dispositivos constitucionais e, especialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, uma cláusula geral de proteção da personalidade humana e sustentando as suas decisões também nas disposições da Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1948 (artigo 12) e da Convenção da Europa de 1950 (artigo 8º), a jurisprudência alemã acolheu o direito geral da personalidade segundo a natureza de um direito subjetivo absoluto e passou a aplicá-lo também nas relações jurídicas privadas estabelecidas entre seu titular e qualquer terceiro.

(...) a caracterização do direito geral de personalidade como um direito subjectivo, absoluto, delimitável no seu objecto, eficaz nas relações juscivilistas e garantido, inclusive, por indemnização pecuniária por danos não patrimoniais implicou uma *Rechtsfortbildung*, que tomou como ponto de partida o princípio ético-jurídico da dignidade, intangibilidade e desenvolvimento da pessoa humana, declarado com especial intensidade nos arts. 1º e 2º GG, e a conseqüente lacuna, no nível da totalidade da ordem jurídica (lacuna *praeter-legem*), sobre o modo de garantia de tal princípio no direito civil.⁸³³

Doutrinariamente, como para Ennecerus-Nipperdey⁸³⁴, o reconhecimento desse direito geral de personalidade nas relações jurídicas privadas alemãs foi operacionalizado também segundo o enfoque da rubrica “um outro direito de outra pessoa”, contida na alínea I do par. 823 do BGB⁸³⁵, que, por conter expressão aberta, permitiu a extensão da proteção “a diversas áreas da personalidade humana”⁸³⁶, sem prejuízo dos direitos tipificados na própria codificação.⁸³⁷ Em significativa decisão de 2 de abril de 1957, a 6ª Câmara do BGH declarou o di-

⁸³² SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 134-137, nota 134, e p. 139-143, nota 149; SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 60-61.

⁸³³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 137, nota 134, in fine.

⁸³⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 85.

⁸³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 58.

⁸³⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 134.

⁸³⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 58.

reito geral de personalidade um direito originário e uniforme voltado à proteção da personalidade e da dignidade contra tudo e todos, e elevou à categoria de um “direito obrigatoriamente observável”⁸³⁸ o livre desdobramento da personalidade. Segundo Szaniawski, a dignidade do homem e o direito ao livre desdobramento da personalidade foram reconhecidos por aqueles normativos constitucionais alemães como “elementos integrantes do direito geral de personalidade que, através da ordem jurídica, são garantidos como um direito subjetivo a respeito de todas as pessoas”.⁸³⁹

O BGH, entretanto, por meio de decisões sucessivamente proferidas desde 25 de março de 1954, não apenas vem admitindo a existência de um direito geral de personalidade como vem “explicitando desenvolvidamente o conteúdo e os limites”⁸⁴⁰ desse direito e consagrando a natureza das diferentes tutela a ele estendidas, como a indenizatória, a preventiva, a reparadora e a invalidante. Szaniawski⁸⁴¹, ao tratar da tutela do direito geral de personalidade, aponta ser possível ocorrer de diferentes formas, segundo o momento da sua aplicação: se prévia ao atentado ao direito, por medidas preventivas adotadas em face da simples ameaça; se após a violação do direito, pela reparação do dano originário dessa, pela própria cessação da violação através de medidas concretas e pelo eventual esclarecimento através do direito de resposta.

Essa construção alemã influenciou e vem influenciando o pensamento jurídico em diversos países europeus, especialmente daqueles integrantes da Comunidade Européia, os quais, também por força das declarações e convenções internacionais por eles ratificadas, inseriram, nas últimas décadas do século XX, no texto das suas constituições e como fundamento de todos os seus normativos constitucionais o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁸³⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 58.

⁸³⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 56.

⁸⁴⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, 1995, p. 139, nota 149.

⁸⁴¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 61.

Dessa forma, apesar de no seu direito privado alguns desses países t guardarem zelo pelo reconhecimento dos direitos da personalidade com base na Teoria Tipificadora, exigindo a sua positivação multifacetada, por força daquele princípio em sede constitucional, tem ganhado força, doutrinária e jurisprudencial, o reconhecimento de uma tutela ampla e genérica da personalidade humana pelo acolhimento do direito geral de personalidade. É o caso do direito italiano e do direito português.

c.2 Itália

Na Itália, semelhantemente ao direito alemão, as inovadoras disposições constitucionais promulgadas em 1947 segundo a inspiração da extinção do regime totalitário e da redemocratização italiana, provocaram o surgimento em sede doutrinária e jurisprudencial, em “reação à concepção fragmentária que só admitia tutela dos direitos de personalidade tipicamente previstos”⁸⁴², da concepção de um direito geral de personalidade.

A Constituição da República Italiana de 27 de dezembro de 1947, diferentemente da tutela tipificada da codificação civil, pelas disposições contidas nos seus artigos 2º e 3º⁸⁴³, veio a permitir a construção paralela à teoria tipificadora, mas ainda minoritária no direito italiano, da doutrina do direito geral de personalidade, tendo como inspiração a concepção ao mesmo atribuída pelo direito alemão. “(...) a Constituição da Itália, de 27.12.1974, que nos arts. 2º e 3º, reconhece e assegura os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo,

⁸⁴² OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 227.

⁸⁴³ “Seu artigo 2º afirma reconhecer a República “os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais em que se desenvolve sua personalidade” e exigir (a República) “o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. O artigo 3º prevê a igualdade em dignidade e perante a lei entre todos os homens e assinala como objetivo da República a remoção de “obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”. (OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 227).

quer dentro dos agrupamentos sociais em que projeta sua personalidade, declarando possuírem todos os cidadãos igual dignidade social, (...)”⁸⁴⁴.

Essa doutrina tem como seus maiores expoentes, Gianpiccollo e Perlingieri. Gianpiccollo, segundo Szaniawski, critica a doutrina da tipificação dos direitos de personalidade por conduzir “a uma divisão da própria utilidade do ser em uma série de fragmentos, em uma pluralidade de direitos da personalidade”⁸⁴⁵, criando um “sistema de tutela por espécies”⁸⁴⁶, incompatível com o sistema de proteção dos demais bens. A personalidade humana, segundo o autor, é um todo e, como tal, deve ser protegida, pois a Teoria Tipificadora “limita a proteção a aqueles aspectos da pessoa expressamente regulados pela norma e não pelo *todo* indistintamente”⁸⁴⁷; sendo, dessa forma, sempre incompleta e insatisfatória em relação às necessidades da vida.

Perlingieri, por sua vez, adepto da adoção da cláusula geral à tutela do direito da personalidade humana, reporta suas críticas às codificações civis do pós-guerra (“à terceira e última fase do período das grandes codificações, que se iniciou com o término da Segunda Guerra Mundial”⁸⁴⁸), especialmente à alemã e à italiana, por terem acolhido a concepção de “radical separação entre a tutela do indivíduo segundo o prisma dos direitos políticos do prisma meramente privatístico da proteção da personalidade humana”⁸⁴⁹. Segundo ele, a dicotomia entre direitos políticos e direitos civis deve ser superada, pois sua estreita conexão não justifica a separação, impondo-se a concepção de um direito de personalidade único e geral, cuja construção seja possível pelas normas contidas nos artigos 2º⁸⁵⁰ e 3º, alínea 2ª⁸⁵¹, da Constituição italiana de 1947, as quais, segun-

⁸⁴⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 62.

⁸⁴⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 67.

⁸⁴⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 67.

⁸⁴⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 67.

⁸⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 110.

⁸⁴⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 67.

⁸⁵⁰ “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabile di solidarietà política, econômica e sociale” (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 69).

do Szaniawski⁸⁵², teriam uma certa afinidade com os artigos 1º e 2º da Constituição de Bonn.

Para a construção da doutrina do direito geral de personalidade, portanto, segundo Perlingieri, seria necessário: primeiro, “a vinculação da noção de direito de personalidade com a noção de direitos fundamentais do homem, a fim de estabelecer os princípios gerais que protegem o respeito à dignidade do homem”⁸⁵³, de maneira que os direitos fundamentais passem a servir de “fio condutor para a formulação e aplicação da noção de direito geral de personalidade”⁸⁵⁴; segundo, o superamento da dicotomia aspecto patrimonial e aspecto não patrimonial, “a fim de que a tutela da personalidade humana se estabeleça completamente”⁸⁵⁵, na forma de um valor unitário que compreenda tanto o aspecto íntimo como o moral da personalidade humana.

Somente por essas precedentes modificações, Perlingieri compreende ser possível uma efetiva tutela ampla e suficiente da personalidade humana, que, como valor que “está na base de uma série aberta de situações existenciais”⁸⁵⁶, apresenta-se em constante mutação e ilimitado, inviabilizando-se a exclusividade da proteção tipificada. O reconhecimento normativo de tipos e subtipos de direitos de personalidade, segundo o doutrinador, não implicaria o fracionamento da unidade do direito geral de personalidade, mas apenas uma especialização adotada por força de política legislativa e operacionalizada em harmonia com a cláusula geral, na forma de um reforço da relevância do respectivo aspecto da personalidade humana.

⁸⁵¹ “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti all’ legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 69).

⁸⁵² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 69.

⁸⁵³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 68.

⁸⁵⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 111.

⁸⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 69.

⁸⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 69.

Jurisprudencialmente, a Corte de Cassação da República, em seu arres-
to 990, de 20 de abril de 1963, expressamente admitiu a tutela do direito absolu-
to da personalidade ao julgar a violação da vida privada praticada contra a famí-
lia Petacci. “(...) também na Itália houve uma reação contra a concepção tipifica-
dora e fragmentária dos direitos de personalidade que apenas permitia a prote-
ção dos mesmos desde que arrolados em lei, vindo o direito geral de personali-
dade a preencher as lacunas deixadas pela ausência de previsão legal de novos
tipos, que uma vez violados, deixariam o indivíduo protegido”⁸⁵⁷.

c.3 Portugal

O Código Civil português de 1966 foi elaborado segundo o modelo da
pandectística germânica, num rompimento da “estrutura jusnaturalista e liberal
do Código de Seabra, emergente do Código Napoleônico e do Código austríaco
de 1816, (...)”⁸⁵⁸. Por conta disso, nas palavras de Sousa, seguindo a estrutura
do Código Civil alemão, marcado pelo cientificismo e pelo rigor jurídico, igual-
mente descentrou e desautonomizou o direito das pessoas, tendo excluído de
suas disposições os normativos relativos aos direitos primitivos que integravam
o anterior Código de Seabra.

Entretanto, segundo inspiração do direito geral de personalidade aprova-
do no texto da Comissão de Reforma do Código Civil francês e reconhecido, i-
novadoramente, pela tardia pandectística alemã e pela jurisprudência posterior à
Constituição da República Federal da Alemanha, o Código Civil português con-
sagrou uma cláusula geral de proteção do direito de personalidade no n. 1 do
artigo 70, segundo o qual “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilí-

⁸⁵⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 70.

⁸⁵⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personali-
dade, p. 114.

cita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.⁸⁵⁹ Por esse dispositivo, aproximado do texto do artigo 28º do Código Civil suíço⁸⁶⁰, abriu a possibilidade de tutela a todos “os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem”⁸⁶¹, pois nem enunciou nem caracterizou os bens essenciais da referida personalidade, limitando-se a um conceito indeterminado cujo preenchimento

(...) levando em conta o reconhecimento constitucional de um conjunto de direitos e liberdades pessoais (cf, designadamente, os artigos 24º a 27º da Constituição da República Portuguesa), permite, quer a protecção de uma série de direitos especiais de personalidade não proclamados adrede – (...) –, quer a fundamentação positiva do “direito geral de personalidade”, quer, mesmo, o reconhecimento de outras formas de protecção da pessoa (pois que não se trata necessariamente de uma tutela através de direitos subjectivos).⁸⁶²

Esse dispositivo do Código Civil português, portanto, tomou a personalidade “no seu sentido humano, global e unitário”⁸⁶³, e a especificação da sua caracterização como física ou moral decorreu de “uma questão de melhor concretização ou determinação”⁸⁶⁴.

Seguidamente, o Código Civil português garantiu protecção a alguns poucos direitos de personalidade, surpreendentemente “marginais”⁸⁶⁵, como o direito

⁸⁵⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 114.

⁸⁶⁰ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 14, nota 16.

⁸⁶¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 106.

⁸⁶² PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 14. Diferentemente de Pinto, J. Oliveira Ascensão, Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, expressamente declara não aceitar a figura do direito geral de personalidade, a qual, segundo ele, apenas se basearia “em necessidades particulares da legislação alemã” (ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 124).

⁸⁶³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 106, nota 28.

⁸⁶⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 106, nota 28.

⁸⁶⁵ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 124.

o direito ao nome, à cartas-missivas, à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada, deixando de compreender figuras mais significativas como o direito à vida, à honra e à liberdade, numa tentativa de fechamento com a disciplina constitucional, na qual esses direitos estavam disciplinados.

No artigo 2º, a codificação civil portuguesa possibilita que a tutela seja realizada não somente na esfera da responsabilização civil, mas também através do requerimento das “providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”⁸⁶⁶. Essa tutela ampla da personalidade humana no direito português encontrou ainda maior reforço pela recepção, no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976⁸⁶⁷, do princípio da dignidade da pessoa humana como base da república do país. Por suas disposições, portanto, trouxe o reconhecimento constitucional do direito geral de personalidade.⁸⁶⁸

c.4 Suíça

O direito suíço, marcado pela consagração legislativa do direito geral de personalidade, já na codificação civil de 1907, conforme abordado (item 2.2.2, *infra*), acabou garantindo uma eficácia restrita a essa cláusula geral por força da resistência jurisprudencial em conceder reparações por danos extrapatrimoniais.

A mudança desse quadro teve início com a promulgação, em 16 de dezembro de 1983, de uma lei federal que, além de modificar o texto original do

⁸⁶⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 91.

⁸⁶⁷ “Artigo 1. Portugal é uma República segundoarana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.” (OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 229).

⁸⁶⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 91.

artigo 28 do Código Civil suíço⁸⁶⁹, também ampliou a sua disposição pela integração dos artigos 28a a 28l, estabelecendo, expressamente, tutelas não somente reparadoras dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, como também tutelas inibitórias, retificadoras e de cessação.

Essa modificação do texto original do art. 28 do Código Civil suíço permitiu uma reflexão mais profunda sobre a finalidade pretendida pela respectiva norma, tendo provocado um revigoramento, em sede jurisprudencial, da Teoria do Direito Geral de Personalidade na ação protetiva da personalidade humana.

Segundo Szaniawski, o direito geral de personalidade passou a ser categorizado pelo Tribunal Federal da Suíça como um direito absoluto distinto dos direitos de domínio sobre as coisas e dos direitos da propriedade industrial e a ser tutelado não somente diante de danos originários da ofensa à personalidade humana, mas pela simples ofensa a essa, compreendendo-se como *atentado ilícito* “todo o comportamento humano, todo ato de terceiro, que provoque, por qualquer modo, uma perturbação aos bens da personalidade de outrem, mediante violação dos direitos que a protegem”.⁸⁷⁰

c.5 França

⁸⁶⁹ De acordo com Szaniawski, esse dispositivo, com a redação dada pela Lei Federal de 16 de dezembro de 1983, passou a dispor que “celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe – Une atteinte est illicite, à moins qu’elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi”, alcançando a definição de atentado ilícito como sendo toda a “agressão não justificada pelo consentimento da vítima, por um interesse público ou privado preponderante” (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 48). Souza, por outro lado, alerta que essa lei federal ainda teria alterado o texto do artigo 49 do Código das Obrigações suíço; contudo, nada traz a esse respeito, apenas afirmando a alteração provocada, por isso, sobre a compreensão do direito geral de personalidade (SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 86).

⁸⁷⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 98.

Se, por ocasião da codificação civil francesa, segundo a influência do positivismo legal, repudiou-se a idéia do direito geral de personalidade, inexistindo “qualquer referência aos direitos da personalidade”⁸⁷¹, atualmente, pelas inovações do século XX, além de ter sido alargado, doutrinária e jurisprudencialmente, o leque de direitos especiais inicialmente reconhecidos, garantindo-se a proteção especialmente no âmbito da responsabilização civil, também se vem pretendendo no direito francês o reconhecimento normativo do direito geral de personalidade, que é apontado como solução às reclamações contemporâneas.

O projeto de Reforma do Código Civil francês, considerando a dificuldade em regular os inúmeros aspectos particulares da personalidade e inspirado nas declaração de 1789 e de 1949, a cujos normativos adere por expressa ratificação contida na Constituição de 1958, dedica um capítulo especial aos direitos da personalidade (originalmente inexistente), reconhecendo o direito genérico por uma cláusula geral de proteção da personalidade no seu artigo 165⁸⁷², e tutelando alguns dos seus aspectos específicos em disposições direcionadas.

Constata-se, assim, que foi tendência do final do século XX, e torna-se realidade no século XXI, a afirmação do direito geral de personalidade pela inserção nas constituições e em normas infraconstitucionais, da cláusula geral de tutela da personalidade humana, uma vez que a estreita visão privatística dos direitos de personalidade não vinculados à categoria ampla de direitos do homem mostra-se insuficiente à tutela da personalidade. A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, no qual, segundo uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade. Somente a leitura da norma civil à luz da constituição e de seus princípios superiores é que revelará à noção de direito de personalidade a sua verdadeira dimensão.⁸⁷³

⁸⁷¹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 230.

⁸⁷² “Toute atteinte illicite à la personnalité, donne à celui qui la subit le droit de demander qu’il y soit mis fin, sans prejudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur” (MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 41).

⁸⁷³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 2005, p. 62.

d. Direito nacional

No Brasil, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco Ferrara Muniz propuseram, doutrinariamente, ainda por volta da década de 70 do século XX, a adoção da Teoria do Direito Geral de Personalidade, por compreenderem insatisfatória a proteção dos direitos de personalidade fragmentados e enumerados em tipos especializados.

Segundo os juristas paranaenses, impunha-se a superação da dicotomia direito público e direito privado e, conseqüentemente, a separação entre os direitos da personalidade no direito privado e os direitos do homem no direito público, mediante uma vinculação da noção de direitos de personalidade à noção de direitos do homem.

Esse seu posicionamento, contudo, permaneceu isolado por quase vinte anos, quando, após todas as mudanças sociais, econômicas e políticas ocorridas durante todo o século XX, a busca por uma proteção ampla e irrestrita da personalidade humana, provocou um redirecionamento da atenção dos juristas nacionais sobre as teorias tradicionais dos direitos de personalidade.

CAPÍTULO 6 - RESSISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO DE PERSONALIDADE

Essas teorias tradicionais pelas quais os direitos de personalidade foram sistematizados na forma atomística, como uma pluralidade de direitos, e, na visão unitária, como um direito único relativo à personalidade como um todo, foram originalmente concebidas em razão de sistemas jurídicos ainda marcados pela clássica separação entre as normas de direito público e as normas de direito privado, assim como pela centralização do direito privado na codificação civil de cada país. Desse modo, nenhuma dessas sistematizações afastou-se da originária diferenciação entre os direitos de personalidade privados e os direitos de personalidade públicos, nominadamente conhecidos segundo o gênero dos direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Outrossim, em ambas as teorias, ainda que assentadas em distintos fundamentos, os direitos de personalidade foram construídos segundo a base das categorias jurídicas elementares da relação jurídica clássica, sendo perspectivados segundo a natureza de direitos subjetivos pessoais absolutos e caracterizados como direitos extrapatrimoniais, indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

Atualmente, entretanto, a superação da distinção entre direito público e direito privado em favor de um enfoque unitário da ordem jurídica e a descentralização do direito privado em normas jurídicas extravagantes, com a sua posterior centralização em face do diploma constitucional, determinam que a teoria dos direitos de personalidade seja reconstruída com base numa ressistematização que pondere, entre outros fatores, sobre a necessidade da positivação da sua tutela, a distinção entre direitos da personalidade privados e direitos da personalidade públicos, a melhor forma de instrumentalização da sua tutela naquela ordem unitária e a viabilidade de implantação de sua tutela nessa nova ordem.

Por outro lado, segundo GONÇALVES⁸⁷⁴, o progresso econômico-social e o avanço científico-tecnológico (*internet*, clonagem, imagem virtual, monitora-

⁸⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, p. 157.

mento por satélite, acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e voz por computador) ensejam ameaças diferenciadas à personalidade, demandando, por consequência, proteções diferenciadas, cuja tutela específica e concreta acaba por estabelecer novas espécies de direitos da personalidade não incluídas dentre as catalogadas na ordem constitucional e na ordem civil.

Da mesma forma, diversamente de outrora, os avanços científicos passaram a possibilitar a disposição voluntária de aspectos da personalidade humana em favor de inovadoras necessidades humanas e a fazer presentes “clamores de mercantilização”⁸⁷⁵ na transmissão de partes do corpo humano vivo, como cessão de tecidos e órgãos.⁸⁷⁶ Ainda, esses mesmo avanços científico-tecnológicos passaram a submeter a pessoa humana, enquanto paciente de enfermidade grave, a prolongados e sofridos períodos de tratamentos terminais, criando situações-limite nas quais valores da mesma personalidade posicionam-se em conflito diante dos desejos de morte e dignidade. Ademais, a possibilidade de alteração voluntária do conteúdo da personalidade humana por atos materiais ou jurídicos também se torna cada vez mais presente em face dos avanços científicos e freqüentemente desejado razão do poder de autodeterminação do titular do direito geral de personalidade, como no caso da alteração física por intervenção cirúrgica, a alteração da imagem física e a alteração do nome.⁸⁷⁷

Todas essas mudanças exigem que a reconstrução da teoria dos direitos de personalidade seja realizada numa “visão aguçada e consentânea com o século XXI”⁸⁷⁸, reavaliando e, talvez, reconsiderando sua natureza jurídica e a caracterização desses direitos, de maneira que a sua tutela esteja apta a abranger todos as novas modalidades de atentados que venham a ser praticados em face dos valores essenciais e existenciais da pessoa humana, “segundo pena de, em

⁸⁷⁵ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p. 34.

⁸⁷⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 610.

⁸⁷⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 619.

⁸⁷⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p. 35.

não sendo repensada, perder-se num passado ultrapassado (o da sociedade meramente industrial).⁸⁷⁹ Em nome da preservação da espécie, exige-se que a teoria dos direitos da personalidade seja reconstruída nas suas bases elementares, segundo uma nova compreensão, que convirja com a atual estrutura unitária da ordem jurídica, e com uma configuração que se compatibilize com a tutela necessária às inovadoras ações positivas ou negativas socialmente adotadas perante os valores essenciais da pessoa humana. “Se modifica-se a visão jurídica de velhos institutos, também a visão dos direitos da personalidade merece ser repensada, para que não se perca num passado ultrapassado, como outros institutos patrimoniais do direito”.⁸⁸⁰

Cortiano Junior⁸⁸¹ evidencia o momento delicado pelo qual atravessa a categoria dos direitos de personalidade, apontando a imperiosa e urgente necessidade de sua reconstrução teórica:

esta categoria de direitos é plena de inquietações e dúvidas. Sua obscuridade ainda permeia os estudos. Sua sutileza ainda assombra os juristas. Sua amplitude desorienta a doutrina. Sua dimensão assusta a jurisprudência. Sua existência flexibiliza e desestabiliza o direito civil, com repercussões por todo o direito. Os estudiosos ficam perplexos ante os critérios, propostas e mecanismos propostos para regular os direitos da personalidade. As dificuldades se tornam maiores quando, examinando o homem dentro de seu *habitat* tecnológico, vê-se que, em contraposição à personificação do direito, ocorre uma verdadeira desumanização do homem.

Essa ressystematização, contudo, ainda se encontrando em estado de elaboração doutrinária, não encontra posições já definitivamente assentadas, de maneira que a sua abordagem parte de uma mera tentativa de elucidação e homogenização dos posicionamentos científicos sobre o tema, buscando, senão

⁸⁷⁹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p. 35.

⁸⁸⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 34.

⁸⁸¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p. 42.

solucionar, aquietar a “esquizofrenia doutrinal” denunciada por Aguirre y Aldaz.⁸⁸²

6.1 A UNIDADE: O DIREITO GERAL E OS DIREITOS ESPECIAIS

No Brasil, essa necessidade de ressystematização já havia sido acusada ainda no final da década de 1970, quando José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, após prévia análise do tratamento dos direitos da personalidade nas ordens alemã e italiana, trouxeram duas lições fundamentais pelas quais, segundo eles, seria possível extrair uma nova lição no plano técnico-jurídico.

Como primeiro ensinamento, acusaram que, para dar à noção de direitos da personalidade a sua real amplitude, a sua reconstrução teórica deveria superar uma visão puramente privada e passar a considerar “os fundamentais princípios que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana”⁸⁸³, e que até então eram resumidos ao direito público.

Assim como o Direito em si superou a dicotomia público-privado pelo processo de constitucionalização e pela garantia de força normativa aos dispositivos constitucionais, também na matéria relativa aos direitos de personalidade Lamartine Correa e Ferreira Muniz apontaram a necessidade de alcançar uma unidade pela superação da clássica separação entre os direitos de personalidade privados e os direitos de personalidade públicos, também nominados direitos do homem, os quais, embora tivessem como objeto comum a proteção da pessoa humana nos seus valores essenciais, sofriam distinção pelos critérios da

⁸⁸² CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p. 42.

⁸⁸³ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 228.

esfera de disciplina de cada qual, da qualidade do autor do atentado e, especialmente, pela já decadente “dicotomia patrimonial-não patrimonial”.⁸⁸⁴

Já na década de 1990, Szaniawski, convergindo com o pensamento daqueles juristas paranaenses e considerando a atuação dos direitos fundamentais também sobre as relações jurídicas privadas e a eficácia das normas constitucionais sobre essas mesmas relações, igualmente propunha o “superamento da tradicional dicotomia de direito público e direito privado em relação ao direito de personalidade, por não ter mais lugar na noção de Estado *social* (...)”.⁸⁸⁵ Na ótica protecionista e solidarista assumida contemporaneamente pelo poder constituído estatal, seria incongruente a desvinculação entre os direitos de personalidade ditos “privados” e a categoria ampla dos direitos do homem, considerando seu objeto e finalidade comuns. “A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade. Somente assim poderá ser dada à noção de direito da personalidade a sua verdadeira amplitude.”⁸⁸⁶

Dessa forma, segundo Cortiano Junior, “não se fala mais em proteção da pessoa humana pelo direito público e pelo direito privado, mas em proteção da pessoa humana pelo direito”⁸⁸⁷.

Para o alcance dessa unidade, tem-se proposto a reconstrução teórica da categoria dos direitos de personalidade não segundo a concepção atomística materializada na pluralidade de direitos, nem muito menos na visão unitária de um direito genérico excludente de direitos particularizados, mas com base numa compreensão unitária que admite um direito geral de personalidade que, referindo-se à personalidade humana como um todo, é reconhecido na forma de um “direito-matriz ou direito fundante, em que enraízam direitos singulares de per-

⁸⁸⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 228.

⁸⁸⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 57.

⁸⁸⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 29.

⁸⁸⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 38.

sonalidade relativamente autónomos, subsistindo ao seu lado como desenvolvimentos e concretizações particulares da tutela geral da personalidade.”⁸⁸⁸ De acordo com Pinto,

o “direito geral de personalidade” concebido nestes últimos termos tem como objecto a personalidade humana em *todas as suas manifestações, actuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis*, e tutela a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o “princípio superior de constituição” dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade - constitui o fundamento dos direitos especiais de personalidade, individualizados, e tem como objecto a personalidade humana para o direito, globalmente considerada.⁸⁸⁹

A reconstrução na forma desse direito-matriz complementado pelos direitos especiais na tutela da personalidade humana, dessa forma, acaba recolhendo o que de melhor havia nas teorias clássicas – a tipificação e a amplitude do conceito -, e, na tentativa de afastar as deficiências de cada uma dessas, acaba unificando-as numa salutar complementaridade. “A tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral de personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica.”⁸⁹⁰

Em razão da abertura garantida pela amplitude de definição do direito geral de personalidade, esse direito unitário torna-se apto a, em função da sua finalidade precípua de proteger a personalidade humana como um todo, adaptar-se à complexidade desta, incluindo aspectos e manifestações da personalidade não tipificados em face da sua ilimitabilidade e abrangendo as situações de atentado sempre inovadas em razão da sua dinamicidade e da própria vida social. De acordo com Pinto, portanto, esse direito geral de personalidade

⁸⁸⁸ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 16.

⁸⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 16-17.

⁸⁹⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 47.

é, neste sentido, “aberto” sincrônica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos bens, e face a renovadas ameaças, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade, quer numa perspectiva estática, quer na sua dinâmica de realização e desenvolvimento: É, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua “liberdade de desenvolvimento””.⁸⁹¹

Por outro lado, também em razão da sua abertura, esse direito geral de personalidade, como direito-matriz, torna-se um espectro suficientemente oportuno à realização da tarefa hermenêutico-jurídica destinada à definição, em concreto, do conteúdo da personalidade humana. Viabilizam-se ao intérprete o reconhecimento, a avaliação e a recepção no mundo jurídico, dos dados naturalístico-culturais relativos à essência e à existência da pessoa humana (item 4.2.2., “a”), assim como a sua limitação em função dos valores juridicamente objetivados pela norma protecionista da personalidade, sem deixar de considerar as condições específicas do tempo e do lugar no qual são recolhidos.

O direito geral de personalidade, dessa forma, pela visão unitária que afastou distinções de ordem privada e pública e pela amplitude que assume segundo a concepção de direito matriz, acaba tomando a posição de fundamento, referência e complemento necessário dos direitos especiais de personalidade, assumindo a forma de uma essencial ferramenta de operacionalização da personalidade humana segundo a sua configuração e delimitação concreta, com a consideração de cada realidade particular.

6.2 FUNDAMENTO

⁸⁹¹ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 17.

O reconhecimento desse direito geral de personalidade que fundamenta e integra os direitos especiais de personalidade é proposto com fundamento no personalismo ético que passou a marcar o perfil do Direito contemporâneo, pelo qual a pessoa humana, na sua essência e existência, passou a ocupar a posição de eixo fundamental de todo o sistema jurídico, sendo juridicamente reconhecida como um dado valorativo preexistente e independente da normatividade jurídica, que se sobrepõe, por força da sua dignidade humana, a todos os demais valores, ocupando lugar primacial na hierarquia de valores.

De acordo com Ascensão, “só o que estiver eticamente fundado na pessoa cabe no Direito da Personalidade”⁸⁹², referindo-se, nesse momento, a um pretendido ramo distinto do direito.

Por conta desse fundamento ético, a proteção da personalidade humana passou a ser sustentada através daquele fundante direito geral de personalidade, cuja existência passou a ser reconhecida independentemente de previsão legal, pelo reconhecimento daqueles valores inerentes à pessoa humana (dignidade, individualidade e pessoalidade) e que já formavam a base da noção de direitos de homem.

Esse é o franco posicionamento de Cortiano Junior, quando, em face da questão da necessidade de positivação do direito geral de personalidade, como direito objetivo, define-se pela sua dispensabilidade “a partir de uma visão personalista do direito, cujo conceito fundamental é a pessoa humana”.⁸⁹³ Segundo ele, a exigência de respeito à personalidade humana, enquanto dignidade, individualidade e pessoalidade, é desvinculada de premissas relacionadas à conjuntura histórica, local, época e sistema jurídico, independentemente de expressa previsão legal⁸⁹⁴, pois “o não respeito à personalidade acabará por significar um des-

⁸⁹² ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 128.

⁸⁹³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 44.

⁸⁹⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 44.

vio no fundamento de toda ordem legal”.⁸⁹⁵ De acordo com esse mesmo jurista, “a previsão de proteção à personalidade pelo ordenamento prende-se unicamente a uma questão da efetivação dos direitos inerentes a ela”⁸⁹⁶, o que não pode implicar a negativa de reconhecimento do direito geral de personalidade pela ausência de expressa positivação.

Ascensão, por sua vez, em que pese negue aceitação ao direito geral de personalidade, tratando dos direitos de personalidade, igualmente posiciona-se pela incondicionalidade da sua proteção à positivação normativa, segundo o fundamento de que “a personalidade se deve impor por si, não podendo ficar na dependência de qualquer previsão da lei positiva”.⁸⁹⁷

Em verdade, tem-se proposto, por força desse personalismo ético que passou a fundamentar o Direito no seu todo, não apenas a constitucionalização do direito pelo deslocamento do centro do Código à Constituição, mas a própria superação do dogma do centro pelo estabelecimento de um sistema jurídico que, indiscutivelmente aberto, seria assentado sobre normas fundamentais e estruturado sobre regras e princípios postos em posição de igualdade e eqüidistância.

A unidade desse sistema jurídico seria alcançada pelo reconhecimento de normas fundamentais superiores à ordem jurídica positiva, as quais, como uma “ordem superior”, não encontrariam necessária correspondência em regras ou princípios postos num modelo codificado ou num corpo normativo por excelência, e, por outro lado, frente a ordenamentos plúrimos e desconexos, desempenhariam a função de, na forma de verdades inquestionáveis, restabelecerem um pensamento jurídico racionalizado, afastado de intuições e opiniões na sua operacionalização.

⁸⁹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 45.

⁸⁹⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 45.

⁸⁹⁷ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 124.

Por seu conteúdo essencial e primordial, elas atuariam como “elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, (...)”⁸⁹⁸, de maneira a não apenas orientarem por idéias mínimas, mas possibilitarem a reconstrução de uma metodologia ordenadora da interpretação do corpo normativo, caracteristicamente formado por normas plúrimas e desconexas.

Como “(...) uma espécie de força de gravidade”⁸⁹⁹, as normas fundamentais interagiriam com as regras e princípios positivados, mantendo-os unidos, afastando antinomias e incoerências, e suprimindo lacunas. Lorenzetti afirma categoricamente que “o Código é substituído pela constitucionalização do direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais”.⁹⁰⁰

Ademais, contrariamente ao modelo axiomático-formal extraído de um corpo legislativo – o Código, essas normas fundamentais, como ordem superior, poderiam ser extraídas de diversos pontos do ordenamento jurídico e, cada vez mais, de ordens internacionais e supranacionais, como tratados, Declarações, princípios e costume. A Constituição, por essa noção de superação de dogma do centro, seria apenas um dos textos do ordenamento que ofereceria valores mínimos que deveriam reger a interpretação tão essencial à construção e manutenção da unidade desse sistema aberto. Contudo, ressalva-se, essa percepção da ordem jurídica descentralizada não afasta a essencialidade da Constituição na evolução do Direito Civil como um todo, mas nega ser decorrente da sua superioridade hierárquica e, por isso, ser posta como novo centro do ordenamento privado. Garante-lhe essa essencialidade em razão de, por sua juventude, trazer seus preceitos segundo a forma de normas fundamentais, incidentes sobre todas ordens, e não apenas ao Direito Civil, como é o caso do Direito Processual Civil e Penal, do Direito Tributário e Financeiro e do Direito do Trabalho, provocando a construção de uma nova visão dos seus institutos paradigmas.

⁸⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado p. 79.

⁸⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, p. 45.

⁹⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado, p. 45.

Por outro lado, mesmo que dispersas no conjunto ordenativo, em razão da essencialidade e princípio do seu conteúdo, as normas fundamentais estariam sempre aptas a sofrerem “o processo de encarnação histórica”⁹⁰¹, possibilitando aos operadores abraçar a todas as situações inovadoras em face das quais são postos cotidianamente e, racionalmente, atribuir-lhes uma solução coerente aos valores consagrados pelo sistema.

Dessa forma, diante da espécie de sistema formado sobre essas normas fundamentais e da metodologia ordenadora da interpretação das normas e dos fatos postos frente a este sistema jurídico, a tarefa do intérprete seria decisiva na realização de uma verdadeira atividade construtiva, mas, contudo, limitada às idéias mínimas estabelecidas por aquelas. “Trata-se de repensar o direito no contexto de uma ordem capaz de vincular lei e realidade”⁹⁰².

Contudo, diante da fragilidade do equilíbrio entre as diversas fontes normativas e a desconexão das normas editadas em massa, Tepedino⁹⁰³ ressalta a necessidade de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos, para, assim, trazer maior segurança aos homens em geral e aos próprios intérpretes.

Por força desse novo perfil, o sistema jurídico contemporâneo passaria a guardar um certo grau de jusnaturalismo que, distinto do jusnaturalismo racionalista do iluminismo, preocupa-se por inserir o Homem na História⁹⁰⁴ e não pretende o alcance de um sistema perfeito e acabado.

Nesse sentido, Oliveira e Muniz apontam a construção de Rénard sobre o “Direito natural de conteúdo progressivo”, pelo qual “a consciência ética da humanidade iria, de modo progressivo, ao longo da História, refinando e ampli-

⁹⁰¹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 232.

⁹⁰² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, p. 14.

⁹⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para reforma legislativa, p. 9.

⁹⁰⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 232.

ando suas exigências éticas em face da ordem jurídica positiva”⁹⁰⁵, assim como o pensamento de Arthur Kaufmann, pelo qual o Direito Natural não seria estático, mas dinâmico, sendo continuamente desenhado e renovado, segundo uma perspectiva de continuo devir. E finalizam, citando o posicionamento naturalista moderno de Maihofer, segundo o qual

(...) a grande pergunta que se coloca ao jurista é a pergunta sobre o sentido da existência humana e de sua ordem razoável em um mundo inumano. Para ele, em verdade, ao falar em Direito Natural, natureza das coisas ou natureza do homem, está presente a idéia de um projeto de missão essencial e histórica do homem em relação com os demais, a realizar com incessante esforço comum, dando tradução histórica à vontade de alterar o mundo, de corrigi-lo, melhorá-lo, fazê-lo digno do homem e valioso para a vida.

6.3 NATUREZA JURÍDICA

Com base no perfil de complementariedade entre o direito geral de personalidade e os direitos especiais de personalidade, e com o fundamento desse personalismo ético, tem-se proposto a imputação de diferenciada natureza jurídica ao direito geral de personalidade, de maneira a garantir-lhe a necessária abertura no sistema jurídico.

Considerando a superação do positivismo jurídico adotado como fundamento à Teoria Tipificadora e considerando a clássica concepção dos direitos subjetivos como poder atribuído aos sujeitos de fazer valer nos relacionamentos interpessoais, os direitos que lhe são assegurados pelo direito objetivo, tem-se proposto o reconhecimento do direito geral de personalidade para a superação da natureza de um direito subjetivo concebido ainda numa época de valores patrimonialistas, quando não se concebia como relevante a diferenciação entre o

⁹⁰⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 232.

“ter” e o “ser”. De acordo com Perlingieri, o direito subjetivo não seria um modelo idôneo ao enquadramento dos direitos de personalidade por ter sido construído sobre a categoria do “ter”, não se encaixando na do “ser”, na qual não persiste a dualidade entre sujeito e objeto, sendo orgânica a titularidade. Segundo o autor:

(...) pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa.⁹⁰⁶

Ademais, a visão dos direitos da personalidade segundo a natureza de direitos subjetivos, para Cortiano Junior⁹⁰⁷, imporia o seu exercício apenas quando objetivados, posicionamento esse que merece ser superado também em razão de, por exigir a prévia positivação pela técnica da tipificação, acabar determinando a estagnação da sua proteção. O direito subjetivo, nessa ótica, ressalva-se, não seria negado como categoria jurídica, mas seria resguardado apenas à caracterização dos direitos de natureza essencialmente patrimonial, tendo por objeto bens exteriores à pessoa ou a vontade de outros sujeitos.

A proteção da personalidade humana, diferentemente, segundo esses juristas, ultrapassaria a noção tradicional de direito subjetivo, sendo colocada em supremacia a todo interesse⁹⁰⁸ segundo a natureza de um direito personalista, que provocaria o reencontro das noções de liberdade pública e direito subjetivo, ambas com origem no estado de liberdade da pessoa e direcionadas à garantia do seu livre desenvolvimento⁹⁰⁹ e que anteriormente haviam sido desvinculadas

⁹⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 155.

⁹⁰⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade*, p. 35.

⁹⁰⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade*, p. 50.

⁹⁰⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade*, p. 49.

por conta da tutela bipartida do positivismo jurídico - hoje já não mais mantida -, no sentido da liberdade ser objeto das proteções em face do poder constituído alcançadas na esfera constitucional, e o direito subjetivo direcionar-se às relações privadas de natureza patrimonialista.

Pelo direito geral de personalidade com a natureza de um direito personalista, dessa forma, seria garantida a necessária abertura frente ao sistema jurídico e explicada a sua titularidade orgânica, sem a imposição de objetivação em normas jurídicas que acabariam por limitar a sua tutela. Por outro lado, provocando o reencontro das noções de liberdade pública e de direito subjetivo, o direito personalista estaria apto a categorizar o direito geral de personalidade na unidade da ordem jurídica, garantindo amplamente o livre desenvolvimento da personalidade humana. Segundo Cortiano Junior,

(...) Este encontro de noções assegura ampla proteção à pessoa humana, já que a) garante os direitos da personalidade como categoria anterior e superior ao Estado, e portanto inatacável por este; b) assegura sua proteção no mais alto nível legislativo, a Constituição; c) permite entender a ordem jurídica como unitária, e assim aplicá-la; d) sustenta a proteção individualizada (tipificada) dos direitos da personalidade em compasso com o reconhecimento de um direito geral da personalidade.⁹¹⁰

De qualquer forma, trata-se de posicionamentos ainda em construção, que, segundo seus argumentos, entende-se, ainda não foram suficientemente aptos a afastar a inclusão da sua natureza como direito subjetivo, não somente pelas razões já aduzidas no item 2.2.2, “b”, *infra*.

Pelo direito geral de personalidade com a natureza de um direito subjetivo não restaria afetada a compreensão da estrutura externa da relação jurídica, na forma de sujeito e objeto distintos, com o fundamento de que carregaria “um indesejável desdobramento da pessoa como sujeito e objecto”⁹¹¹, o que levaria ao reconhecimento do suicídio, da automutilação e da escravidão consentida,

⁹¹⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p. 50.

⁹¹¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 612.

conforme Savigny já opunha ao tempo da construção da Teoria da Relação Jurídica (item 2.2).

Enquanto a pessoa humana seria titular do direito geral de personalidade, o objeto desse direito seria a personalidade como um todo, sendo ordenado em função do seu desenvolvimento e, em último termo, da sua dignidade humana. Andrade, sustentando a natureza do direito geral de personalidade como direito subjetivo, explica:

(...) se o próprio poder *material* da vontade humana não se estende apenas ao mundo exterior, mas abrange a própria pessoa do homem que é sujeito dessa vontade, por maioria de razão o direito subjetivo, que “consiste num poder ideal de vontade reconhecido pela ordem jurídica ao respectivo titular”, pode versar sobre a própria pessoa do titular.⁹¹²

Mattia, por sua vez, arrazoa contra a negativa dos direitos de personalidade segundo a natureza de direitos subjetivos segundo o fundamento de não poderem separar-se do homem de quem são provenientes, trabalhando a respectiva categoria sobre a própria definição científica de direito subjetivo:

(...) o direito subjetivo representa de um lado um *poder de nossa vontade*, e por outro lado, implica no *dever jurídico* de respeitar aquele poder por parte dos outros. Ao dizermos que temos um direito sobre nossa vida, saúde, corpo, liberdade, honra, etc. estamos afirmando um poder de nossa vontade sobre essa vida, corpo, saúde, etc., e cujo respeito se impõe aos outros.⁹¹³

Segundo Sousa, por fim, a subjectivação do direito geral de personalidade seria um instrumento da autonomia da pessoa humana e de reforço da sua dignidade, “tornando-o plenamente dono de si próprio”.⁹¹⁴ Dessa forma, o direito

⁹¹² Manuel de Andrade apud SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 613.

⁹¹³ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 40.

⁹¹⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 613.

geral de personalidade, por seu objeto e finalidade, seria plenamente apto a ser inserido na concepção formal do direito subjetivo.

Por outro lado, a eficácia imediata e direta que vem sendo garantida aos normativos constitucionais e, em especial, aos direitos fundamentais, inclusive nas relações jurídicas entre particulares, não impede que a concepção de direito subjetivo, apesar de, inicialmente, direcionada exclusivamente às relações de direito privado, igualmente seja projetada sobre as relações anteriormente enquadradas na esfera do direito público, uma vez que por aquela eficácia imediata e direta os normativos constitucionais acabam por igualmente atribuir aos respectivos titulares o poder de, segundo sua vontade, exigir de outrem um determinado comportamento positivo ou negado resguardado objetivamente.

Dessa forma, também pela natureza de um direito subjetivo, o direito geral de personalidade estaria apto a categorizá-lo frente a toda a ordem jurídica unitária, garantindo amplamente a proteção da pessoa como ser em essência e ser em desenvolvimento.

Não obstante, tem-se proposto, com efetiva procedência, a reconstrução desses direitos subjetivos de personalidade nas características que, de regra, sempre foram-lhes atribuídas como forma de enquadrá-los e diferenciá-los dentre as demais categorias de direitos subjetivos (direitos reais e direitos pessoais). Especificamente, mantida a sua intransmissibilidade e a sua irrenunciabilidade por sua inerência à condição humana, tem-se discutido a adequação e a relevância do caráter de indisponibilidade absoluta imputado aos direitos de personalidade, especialmente ao corpo humano, segundo a condição de bens fora do comércio. Essa caracterização seria incompatível diante da nova realidade vivenciada em face de inovadores reclamos sociais e das oportunidades de disposição e limitação voluntárias oferecidas pelo progresso científico e tecnológico, por força das quais o corpo humano “tornou-se, por motivos geralmente respeitáveis, uma matéria-prima ou meio de produção”.⁹¹⁵ Citando Hermitte, Cunha ressalta que

⁹¹⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 77-78.

(...) o desenvolvimento tecnológico conduziu “a uma sociedade que organiza de maneira racional o comércio do corpo humano”: no atual estágio das ciências médicas, tanto a transfusão de sangue quanto o transplante de órgãos são atividades cotidianas, e o Direito vem sendo chamado a regular uma série de novas realidades, tais como a barriga de aluguel, a destinação dos embriões fertilizados *in vitro* ou a clonagem humana.⁹¹⁶

Frente a essa nova realidade, na qual, por exemplo, a doação de órgãos do corpo humano é encorajada pela disposição contida no artigo 199, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, tem sido sustentado que “o corpo humano é inapropriável e inalienável enquanto totalidade, mas nunca no que tange às partes que tenham sido dele destacadas”⁹¹⁷ por força de interesses legítimos calcados, inclusive, em sentimentos de solidariedade.

De qualquer forma, como um bem extrapatrimonial indissociável da pessoa humana, numa união indelével estabelecida por sua própria inerência, sem caráter aquisitivo de patrimonialidade, a discussão sobre a disponibilidade e a comercialidade dos bens da personalidade assumiria uma certa irrelevância e, pela predisposição à sua negativa ou não, importaria limitações incompatíveis à autonomia e à autodeterminação essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade. De acordo com Cunha, “ao atuar sobre o próprio corpo, a pessoa humana não pode estar limitada por qualquer padrão socialmente determinado de comportamento, tanto quanto no exercício do direito à intimidade ou de qualquer outro direito da personalidade.”⁹¹⁸

Dessa forma, a discussão deveria ser deslocada do foco da pura indisponibilidade e ser enquadrada sobre a própria abrangência da autonomia e da autodeterminação enquanto exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, cujas limitações seriam estabelecidas, entre outros fatores, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A disponibilidade e a indisponibilidade, portanto, seriam avaliadas sempre em concreto, segundo as parti-

⁹¹⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 77.

⁹¹⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 78.

⁹¹⁸ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 80.

cularidade de cada realidade e da construção individualizada de cada personalidade humana.⁹¹⁹

6.4. INSTRUMENTALIZAÇÃO

Nesse momento, na tentativa de estabelecer a tutela ampla e homogênea da personalidade humana, discute-se sobre as “relações sistemáticas da matéria dos direitos de personalidade com outros diplomas, e, em particular, com a Constituição, (...)”⁹²⁰, uma vez que, afastada a distinção entre direitos de personalidade públicos e privados, ou direitos fundamentais e direitos de personalidade, alcançada a visão unitária da categoria e garantido aos dispositivos constitucionais carga de eficácia normativa, torna-se necessário definir a relação de prejudicialidade ou de aproximação entre os normativos constitucionais outrora dedicados aos direitos fundamentais, e os normativos outrora enquadrados no âmbito do direito privado e dedicados aos direitos de personalidade privados; ou, mais especificamente, entre os direitos fundamentais previstos em nível constitucional - nos quais estariam inseridos os arcaicos direitos de personalidade públicos - e os direitos de personalidade previstos nas normas de direito privado, seja na forma especializada, seja por uma cláusula genérica de proteção.

A posição de complementariedade e dependência assumida pelos normativos constitucionais e pelos normativos civis diante da visão unitária da ordem jurídica, na forma de um entrelaçamento no regramento dos institutos jurídicos (item 4.1.3, “b”), é verificada também com relação à personalidade humana como bem juridicamente relevante, notadamente diante do caráter normativo reconhecido ao princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual se tem as-

⁹¹⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 81.

⁹²⁰ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 10.

segurado aplicação direta e imediata das disposições constitucionais sobre direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

Ao invés de uma relação de prejudicialidade, pela qual poderia ser sustentada a inutilidade ou redundância da previsão privada dos direitos de personalidade em face da previsão dos direitos fundamentais em nível constitucional, mesmo que em generoso catálogo como no direito brasileiro, estabelece-se uma relação de aproximação entre ambos, no sentido de aqueles direitos e garantias individuais arrolados na Constituição serem direitos de personalidade “alçados à categoria de princípios constitucionais”⁹²¹, e de os direitos privados de personalidade, seja na sua previsão especializada, seja na sua proteção genérica, passem a desempenhar “uma função de instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais no direito privado, que deste modo (para utilizar a metáfora já comum) ‘irradiam’ através deles para a ordem jurídico-privada”.⁹²²

(...) a consagração legislativa, no plano civilístico, dos direitos de personalidade, corresponde à articulação de meios de tutela, próprios do direito privado, de bens da personalidade, através dos quais em primeira linha encontrarão aplicação nas relações jurídico-privadas os direitos fundamentais incidentes sobre bens da personalidade.⁹²³

As normas de direito privado referentes aos direitos de personalidade, dessa forma, são utilizadas como ““portas de entrada” das valorações dos direitos fundamentais no domínio privatístico, (...)”⁹²⁴, garantindo a sua eficácia tanto pela reprodução do conteúdo das normas constitucionais, como pela formulação de normativos de proteção genérica, desenhados por conceitos indeterminados

⁹²¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 94.

⁹²² PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 10.

⁹²³ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 12.

⁹²⁴ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 11.

ou de cláusulas gerais cujo conteúdo propicie o preenchimento por valores constitucionalmente consagrados.⁹²⁵

Essa aproximação dos direitos de personalidade aos direitos fundamentais acaba vinculando o próprio legislador ordinário ao legislar sobre os direitos de personalidade, assegurando a coerência e harmonia do sistema jurídico. “O que significa, também, que o próprio acolhimento pelo legislador – (...) – desses direitos aumenta os instrumentos à disposição do direito civil para acolher valorações constitucionais.”⁹²⁶ Da mesma forma, o aplicador das normas ordinárias, tentando assegurar operatividade prática à função protetiva dos direitos fundamentais, passa a ter de analisá-las, interpretá-las e aplicá-las em conformidade com os preceitos constitucionais e, mais especificamente, com os direitos fundamentais. Segundo Cortiano Junior,

o preceito constitucional deve ser uma diretriz ao legislador ordinário, mas também o operador deve utilizá-lo como normativa na aplicação da regra ordinária, seja servindo como parâmetro interpretativo, tanto no caso de lacuna como no caso de existência de norma ordinária. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.⁹²⁷

Essa relação de complementariedade e dependência entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade permite, enfim, que a noção prévia e fundamental de pessoa humana, base dos segundos, passe a servir “de guia diretiva – (...) para a concretização das várias aplicações da noção de direito ge-

⁹²⁵ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 11. Esse mesmo autor, fazendo referência à eficácia dos direitos fundamentais no domínio do direito civil, cita quatro casos exemplificados por Tepedino e que seriam resolvidos à luz do direito geral de personalidade, do direito à identidade pessoal e do direito à liberdade, respectivamente, como a situação do arremesso de anão como espetáculo, a transsexualidade, (o exame de DNA em ação de investigação de paternidade e a prisão por dívidas) (PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 11, nota 9).

⁹²⁶ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 12.

⁹²⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p.50-51.

ral da personalidade e para a própria formulação dessa noção”.⁹²⁸ Segundo Perlingieri, “os direitos fundamentais servem de fio condutor para a formulação e aplicação da noção geral de personalidade”.⁹²⁹

Nessa seara, contudo, os direitos fundamentais nem sempre encontrarão operacionalização através dos direitos de personalidade, ou do direito geral de personalidade, na medida em que não são categorias equivalentes, pois “há muitos direitos fundamentais que não são direitos de personalidade”⁹³⁰, distinguido-se por não necessariamente exprimirem aspectos cujo desconhecimento afeta a própria personalidade humana, e por estarem sempre vinculados à uma preocupação pela situação da pessoa enquanto cidadão perante o Estado.⁹³¹

Dessa forma, atentando a essa constante articulação entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco Ferrara Muniz acusaram, ainda por volta de 1970, que a autêntica tutela da personalidade humana pelo reconhecimento do direito geral de personalidade segundo a visão de direito-matriz demandaria, que, a par de comandos nos quais bens da personalidade se encontram rigorosamente especificados e circunscritos, a sua instrumentalização fosse alcançada por “uma cláusula geral apta a, através da concreção, fornecer a base de uma jurisprudência coerente, mas suficientemente sensível para a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade”.⁹³²

Essa cláusula geral teria por finalidade, segundo SOUSA, não apenas re-ligar todos os elementos de tutela da personalidade humana dispersos em diferentes níveis do sistema jurídico (constitucional, penal, civil, administrativo) e em distintas áreas daquela (física ou moral), mas abranger os elementos não previs-

⁹²⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 228.

⁹²⁹ Apud SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 67.

⁹³⁰ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 125.

⁹³¹ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro, 1998, p. 125.

⁹³² OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, p. 228.

tos especificamente, “organizando uma garantia unitária e completa (...)”⁹³³ incidente sobre bens naturalmente ilimitáveis.

Além de genérica, contudo, essa cláusula igualmente teria de ser aberta suficientemente ao alcance da aproximação entre o direito e a realidade, servindo de ponte “entre a ontologia dos caracteres próprios dos indivíduos humanos concretamente existentes”⁹³⁴ e a axiologia emergente do conjunto do sistema jurídico. De acordo com Hubmann, essa abertura deixaria “permanecer as antinomias que resultam do ser da personalidade e da sua previsão jurídica, até que elas encontram a sua solução nos casos concretos através da decisão judicial.”⁹³⁵

Para alcançar essa forma genérica e aberta, esta cláusula deveria conter uma hipótese normativa integralizada por elementos de identificação flexíveis e por conceitos de relativa indeterminação, “(...) de forma a integrar e a conciliar todo o real do ser humano em sociedade, o que, se implica um particular juízo valorativo de quem assume, suporta ou aplica tais normas jurídicas, não impede o cumprimento das mesmas.”⁹³⁶

Obtempera-se que (...) o reconhecimento de uma cláusula geral de tutela da personalidade como direito absoluto seria uma carta-branca aos juízes. (...) Mas já vimos como o direito geral de personalidade é delimitável na sua existência e validade jurídicas e no seu exercício jurídico. (...). Além do que, (...) o perigo de insegurança jurídica em caso de uma afirmação do direito geral de personalidade não é certamente maior do que em caso de recusa, visto que a negação de tutela jurídica para interesses, que são sentidos geralmente dignos de tutela, não significa também segurança jurídica, e a tarefa colocada ao juiz através do direito geral de personalidade não é maior nem mais pesada do que a que lhe é dada através das cláusulas gerais dos bons costumes e da boa-fé.”⁹³⁷

⁹³³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 115.

⁹³⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 199.

⁹³⁵ Apud SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 146.

⁹³⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 611, nota 17a.

⁹³⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 618, nota 38.

Dentre daquela visão de unidade do direito geral de personalidade, tem-se apontado como cláusula ideal à tutela genérica e aberta da personalidade humana os normativos dispostos essencialmente em nível constitucional relativamente à proteção da dignidade da pessoa humana, eis que essa, como centro da personalidade humana, “(...) impõe que ele seja juridicamente reconhecido e tutelado na sua própria complexidade e não permite que seja amputado dos seus elementos componentes ou impedido nas suas expressões, a pretexto de o igualizar aos bens jurídicos materiais externos ao homem.”⁹³⁸

6.5. POSSIBILIDADE FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO

Conforme anteriormente visto, o Direito brasileiro do início do século XX, assim como outros ordenamentos jurídicos alienígenas, por força do perfil oitocentista do Código Civil de 1916 (item 3.3), reconheceu timidamente a existência dos direitos de personalidade, enquadrando-os como uma terceira categoria de direitos subjetivos e fazendo-o apenas quando positivados de forma tipificada em leis extravagantes (item 5.1.2, “c”).

Essa resistência era derivada, entre outros fatores, da própria noção que juridicamente era atribuída à pessoa, numa construção normativa e formal que desconhecia a sua humanidade, fazendo-a simples centro de imputação de direitos e deveres. Esse quadro, contudo, sofreu radical mudança na sua coloração desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o advento do novo Código Civil – lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁹³⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito geral de personalidade, p. 611, nota 17a.

Por força dos inovadores normativos inseridos na Constituição de 1988, especialmente pela inserção, logo no seu pórtico⁹³⁹, da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º)⁹⁴⁰, tem-se compreendido que o ordenamento jurídico brasileiro passou a reconhecer a pessoa como ente valorado em função da sua humanidade, e a expressamente reconhecer o seu perfil personalista, elevando aquele princípio à condição de “(...) valor fundamental atributivo de sentido e unidade às disposições relativas aos direitos fundamentais, elemento de unidade valorativa do sistema constitucional.”⁹⁴¹

Essa compreensão da noção pré-normativa da pessoa humana também foi flagrada na redação do artigo 1º do Código Civil brasileiro de 2002, quando, ao dispor que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, deixa perceber a sua adesão à contemporânea teoria da personalidade pela distinção entre personalidade humana e personalidade jurídica. Embora aquela redação seja aproximada do texto do artigo 2º da anterior codificação civil, o dispositivo da nova lei civil substitui o termo “homem” por “pessoa”, justamente por expressamente reconhecer “(...) a precedência da personalidade humana sobre a personalidade jurídica, restringindo-se a determinar as circunstâncias nas quais as personalidades humanas gozam de personalidade jurídica, tornando-se aptas à titularidade de direitos subjetivos”.⁹⁴² Esse, contudo, não é entendimento pacífico perante a doutrina nacional, encontrando em Szaniawski, por exemplo, voz dissonante, quando afirma, ainda referindo-se ao Projeto de lei 634-B, que “pecou com grave omissão por não dispor sobre a necessária distinção entre os conceitos de personalidade e o de capacidade de direito”⁹⁴³.

⁹³⁹ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 7.

⁹⁴⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p.36.

⁹⁴¹ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 15.

⁹⁴² CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 73.

⁹⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 87.

Por conta desse personalismo expressamente reconhecido em nível constitucional e, segundo a compreensão de alguns, em nível ordinário, também tem-se entendido que o ordenamento jurídico brasileiro, ao lado da proteção tipificada, optou por ressistematizar a teoria dos direitos de personalidade em torno do direito geral de personalidade, como direito-matriz fundante das especialidades. De acordo com Cortiano Junior,

(...) não podem restar dúvidas que o Brasil fez a opção pelo direito geral de personalidade (ao lado da proteção tipificada, seja em leis esparsas, seja no projeto do Código Civil, em trâmite legislativo): o preâmbulo constitucional é taxativo ao afirmar que a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Além disso, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º) e é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º).⁹⁴⁴

A preocupação pelo respeito à pessoa humana, contudo, já havia sido manifestada por Orlando Gomes quando da elaboração do Anteprojeto de Código Civil de 1963⁹⁴⁵, no qual propunha a formulação de normas sobre os direitos de personalidade, com o “propósito de dignificar o indivíduo perante si próprio e seus semelhantes”.⁹⁴⁶ Na Apresentação do Anteprojeto, o jurista chamava a atenção ao necessário respeito à pessoa humana como primeiro e mais importante objetivo do trabalho, propondo-se a alcançá-lo pelo reconhecimento de direitos “sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão”.⁹⁴⁷ Segundo a concepção desse jurista,

Seria imperdoável a um Código hodierno, imbuído dessa filosofia, que não emprestasse relevo aos direitos da personalidade, quer os reconhecidos tradicionalmente, como o direito à vida, à liberdade e à honra, quer os que surgiram como expressão de novas

⁹⁴⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade, p. 47.

⁹⁴⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 72.

⁹⁴⁶ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 9, nota 5.

⁹⁴⁷ Apud CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 72.

exigências da vida social. O direito ao trabalho, o direito à intimidade, o direito à própria imagem, o direito de constituir família constituem interesses que, dentre outros, reclamam tutela, não apenas em disposições de direito público, mas também em preceitos de direito privado, porque revelam aspectos inéditos na expansão da personalidade individual.⁹⁴⁸

O seu Anteprojeto de Código Civil, dessa forma, trazia entre os Capítulos III e IV, dezesseis dispositivos dedicados à regulamentação dos direitos de personalidade. No artigo 29, continha disposição genérica de tutela desses direitos, na forma de uma cláusula geral de respeito à pessoa humana, em noção equiparada à de personalidade humana e diferenciada da concepção do sujeito de direito reservado aos direitos subjetivos patrimoniais.⁹⁴⁹ Nos demais dispositivos, trazia preceitos relativos a aspectos específicos da personalidade, como o direito sobre o corpo vivo e o corpo morto (artigos 30 a 35), os direitos à reprodução da imagem (artigo 36), os direitos autorais (artigo 37) e os direitos ao nome, ao nome da mulher casada, pseudônimo e prova de identidade pessoal (artigos 38 a 44).

O Anteprojeto de Orlando Gomes, contudo, foi substituído pelo Anteprojeto de Código Civil de 1975⁹⁵⁰, empreendido por uma nova comissão supervisionada por Miguel Reale e concluído após seis anos de labor científico. Apesar de sequer ter sido objeto de apreciação legislativa, o Anteprojeto Orlando Gomes, por sua excelência, especialmente por sua inovação na área dos direitos de personalidade, foi fonte das construções do Anteprojeto de 1975.

Assim, após longo período de tramitação, esse Anteprojeto de 1975 resultou no Código Civil brasileiro de 2002, que dedicou, segundo a redação de José Carlos Moreira Alves, no capítulo II do título I do livro I da Parte Geral, onze dispositivos (artigos 11 a 21) à disciplina inovadora dos direitos de personalidade. Segundo Pinto, essa foi “uma das alterações mais salientes no Código Civil

⁹⁴⁸ Orlando Gomes apud PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 9, nota 5.

⁹⁴⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 73.

⁹⁵⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana, 2005, p. 73.

brasileiro”⁹⁵¹, por não conter correspondência no texto codificado de 1916, marcando “o acolhimento e a recepção dos direitos do Homem no diploma fundamental do direito privado”.⁹⁵²

Na regulamentação dos direitos de personalidade, o Código Civil brasileiro aproximou-se “(...) muito do Código português quanto à extensão e, mesmo, à estrutura da regulamentação”, dedicando aproximadamente o mesmo número de dispositivos à matéria (o Código Civil português regulamenta-a em doze dispositivos legais - artigos 70º a 81º), e limitando-se a regular aspectos comuns aos direitos de personalidade e, dentre esses, alguns direitos em especial.⁹⁵³ Não obstante, diferenciou-se daquele ao não trazer dentre os dispositivos dedicados à matéria, uma cláusula genérica de proteção, pela qual fosse expressamente reconhecida a tutela geral da personalidade humana, semelhantemente ao artigo 70, n. I, do diploma lusitano, e pela qual fosse vislumbrada uma “porta de entrada” dos valores constitucionais, especialmente daqueles firmados pelo extenso catálogo de direitos fundamentais consagrado na Constituição brasileira.⁹⁵⁴

Por conta disso, Szaniawski, após tecer críticas a alguns dos seus dispositivos (artigo 12, §único; artigo 15; artigo 18 e artigo 20), condena a qualidade da codificação com relação à proteção dos direitos de personalidade, qualificando-a como “inferior ao do Código Civil Português e mais pobre ou menos sistematizado do que o projeto de Orlando Gomes, reputados por todos como de superior qualidade por esmiuçar e abranger bem mais os direitos da personalidade”.⁹⁵⁵ A deficiência específica da nova codificação civil brasileira, segundo Szaniawski, no que se refere aos direitos de personalidade, estaria no “mau tra-

⁹⁵¹ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 7.

⁹⁵² PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 7.

⁹⁵³ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, p. 9.

⁹⁵⁴ Mattia entende que o artigo 12 do Código Civil brasileiro prevê o direito geral de personalidade (MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade, 1978, p. 41).

⁹⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 90.

tamento dado à proteção do direito à intimidade e a omissão em relação à regulamentação do nome da mulher casada, da alteração do nome da pessoa, e da tutela dos direitos morais do autor, deixado para lei extravagante”.⁹⁵⁶

De qualquer forma, tem-se considerado que a cláusula de proteção geral da personalidade pela qual poderia ser instrumentalizada a operacionalização do direito geral de personalidade enquanto direito-matriz, pode ser considerada “implícita no direito brasileiro, quer no reconhecimento de direitos de personalidade (no artigo 11 do Código Civil), quer – e sobretudo – pela correspondência com o artigo 5º da Constituição e pela consideração da sua fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III)”.⁹⁵⁷

⁹⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, 1993, p. 90.

⁹⁵⁷ PINTO, Paulo Mota. *Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*, p. 15.

CONCLUSÃO

Sob a pretensão de, numa metodologia histórico-dogmática, refletir, a partir das diferentes noções atribuídas à idéia de pessoa ao longo da história do seu reconhecimento como categoria jurídica, sobre a proteção que o Direito foi estendendo à personalidade humana segundo a perspectiva da Teoria da Relação Jurídica e o enfoque das Teorias dos Direitos de Personalidade, o desenvolvimento do presente trabalho propiciou o conhecimento de uma visão ampla sobre os conceitos jurídicos de pessoa e personalidade, assim como a percepção exata dos diferentes modelos de proteção estendidos aos mesmos como categorias jurídicas.

A noção de pessoa foi constantemente delineada e redesenhada pelo Direito. Apesar da gênese da sua idealização reportar a descobertas e criações realizadas ainda na antiguidade, pelo direito grego e pelo direito romano, a efetiva construção e cristalização da noção de pessoa, em sede de pensamento jurídico, somente se verificou por volta do século XVIII, como um fruto da modernidade, pela categoria do sujeito de direito, pela qual, num distanciamento entre comunidade humana e comunidade jurídica, a pessoa foi reconhecida como elemento do mundo jurídico numa dimensão exclusivamente patrimonial, como um mero centro de imputação de direitos e deveres adquiridos.

Constatou-se que, se no direito grego começou a afirmar-se uma noção geral e abstrata de pessoa vinculada à condição humana, no direito romano, diferentemente, o reconhecimento jurídico como pessoa pela atribuição de personalidade e capacidade jurídicas, foi marcado por distinções segundo critérios seletivos vinculados ao *status* de cada indivíduo – *libertatis*, *civitatis* e *familiae*.

Da mesma forma, atestou-se que na Idade Média não houve preocupação jurídica nem houve grandes contribuições relativamente à construção da noção jurídica de pessoa. Cultivava-se o particularismo e a dependência de cada indivíduo em face do seu grupo ou classe social.

Nesse contexto, compreendeu-se que a preocupação com a formação de uma noção jurídica geral e abstrata de pessoa somente veio a se verificar após o longo processo de racionalização que marcou a passagem à Idade Moderna; e que foi somente na modernidade e, mais precisamente, no movimento de codificação do direito, que a noção de pessoa foi construída segundo um significado genérico e abstrato, por inspiração dos interesses políticos, econômicos, sociais e jurídicos eleitos como relevantes pelo racionalismo moderno e que conduziram à codificação: por um lado, o universalismo e o individualismo pregados pelos iluministas do século XVIII e que, segundo a roupagem da igualdade, embasaram a idealização do Direito único, estável e individualista pretendido como garantia ao seguro desenvolvimento do comércio livre e sem fronteiras; por outro, o liberalismo e o capitalismo pregados pela emergente classe burguesa na sua atuação política e econômica e que, igualmente sob o norte do individualismo, inspiravam a pretensão de uma autonomia hábil a potencializar a criatividade dos seus sujeitos.

Constatou-se que essa construção foi realizada em sede de sistematização dogmático-científica do Direito, por influência da Escola Histórica do Direito, sob o enfoque da Teoria da Relação Jurídica proposta por Friedrich-Karl von Savigny, tendo se concretizado no Código Civil alemão e, por influência daquela e deste, igualmente sido recepcionada em outras codificações civis.

Averiguou-se que essa construção resultou na definição da categoria jurídica do “direito subjetivo” – como poder atribuído pela norma jurídica a um sujeito de exigir ou pretender um determinado comportamento de outro sujeito – e na construção da categoria jurídica do “sujeito de direito”, pela qual a pessoa foi reconhecida como elemento do mundo jurídico numa dimensão exclusivamente patrimonial, como mero centro de imputação de direitos e deveres adquiridos.

Descobriu-se que Savigny estabeleceu uma essencial diferenciação e interdependência entre os conceitos de pessoa, capacidade jurídica e sujeito de direito que diretamente repercutiram na concepção oitocentista de personalidade. A noção de personalidade, na doutrina tradicional oitocentista, foi identificada com a noção de capacidade de direito, de maneira que a pessoa somente

existia para o Direito oitocentista, quando já investida, normativamente, de capacidade jurídica e, assim, da qualidade de sujeito de direito, como centro de imputação de direitos e deveres; logo, ao Direito, até meados do século XIX, interessava apenas o sujeito de direito e não a pessoa humana, e o principal foco de preocupação dos civilistas era a capacidade jurídica, e não a personalidade.

Outrossim, considerando a limitação do objeto da relação jurídica às coisas e vontade dos outros sujeitos, averiguou-se que Savigny negava a existência de “direitos sobre a própria pessoa”, defendendo que o direito subjetivo não se dedicava a proteger a pessoa humana em si, mas apenas a protegê-la como ente com aptidão para titularizar direitos de natureza patrimonial, o que explica a dificuldade que a dogmática civil oitocentista enfrentou para compreender os direitos de personalidade, acabando por negá-los na sua existência na ordem civil.

Por outro lado, ainda sob o enfoque da Teoria da Relação Jurídica, atestou-se que pela categoria do sujeito de direito fez-se encontrar a igualdade científica e a igualdade jurídica, no sentido da pessoa humana ser elevada a uma condição de igualdade pelo seu reconhecimento jurídico isonômico segundo a roupagem universal do sujeito de direito. E, ainda, que pela categoria do direito subjetivo, a liberdade de ação foi assegurada apenas formalmente pela atribuição do poder de autodeterminação não sobre o desenvolvimento da própria pessoa, mas da capacidade patrimonial com a qual se confundia a noção de pessoa, ou seja, ao exercício da capacidade de direito vinculada aos direitos adquiridos patrimoniais.

Assim, averiguou-se que as construções jurídicas do século XIX, segundo o foco da Teoria da Relação Jurídica, determinaram um afastamento entre a esfera jurídica e a realidade concreta, engessando aquela a apenas determinadas situações vivenciadas nessa e segundo uma roupagem nem sempre correspondente ao modelo dessas.

Sucessivamente, demonstrou-se que o direito civil brasileiro, por ocasião da codificação civil de 1916, sob o pensamento de Augusto Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua, compartilhou das construções da Teoria da Relação Jurídica.

Apurou-se que, se para Savigny nem todo homem ou pessoa seria sujeito de direito, para Teixeira de Freitas todo o homem seria pessoa, sendo-lhe inerente o atributo da personalidade, tendo na humanidade, não na capacidade de direito, a nota característica do seu ingresso no mundo jurídico, procurando, por isso, ao o seu sistema jurídico, manter o ser humano como centro da ordem jurídica.

Ainda, constatou-se que Teixeira de Freitas não incluiu os direitos de personalidade na sua “codificação civil”, por compreendê-los como estranhos à estrutura do sistema em razão de escaparem do objeto e dos limites da codificação civil, que circunscrevia-se a ordenar os direitos subjetivos pessoais e os direitos subjetivos reais.

Dessa forma, embora Teixeira de Freitas tenha mantido a pessoa humana como centro da sua ordem jurídica civil, expressando preocupação pela sua dimensão existencial, e apesar de ter reconhecido os direitos da personalidade segundo a natureza de direitos subjetivos, as suas construções teóricas não trouxeram significativos avanços na proteção da pessoa na sua existência humana e na despatrimonialização do direito civil.

No que ainda se refere ao direito civil brasileiro, apurou-se que também Clovis Bevilacqua manteve-se fiel às construções de Savigny na seara da Teoria da Relação Jurídica. Apesar de já dispor de todo o inovador lineamento teórico traçado no século dezanove pelos juristas pandectistas tardios, sobre a pessoa humana em sua dimensão existencial e os direitos da personalidade, o jurista cearense, ao elaborar o Anteprojeto do Código Civil brasileiro de 1916, ainda continuou a reconhecer a pessoa segundo a noção patrimonialista do sujeito de direito, confundindo a noção de personalidade com a de capacidade de direito e negando, na codificação, o reconhecimento jurídico da existência de direitos sobre a própria pessoa.

Demonstrou-se, dessa forma, que a codificação civil brasileira de 1916 também desumanizou o conceito de pessoa, tornando-o um mero instrumento técnico operativo da imputação de direitos e deveres essencialmente patrimoni-

ais, assumindo a irrelevância da condição humana e dos próprios valores vinculados à humanidade.

Sucessivamente, atestou-se que, apesar do longo tempo transcorrido nessa construção positivista, normativista e formalista, que só durante a modernidade perdurou por quase sete séculos, a noção de pessoa veio a ser novamente reconstruída pelo Direito ao final do século XIX e ao longo de todo o século XX, por força da quebra dos paradigmas sociais, econômicos, políticos e jurídicos da modernidade e da descoberta da personalidade humana como bem juridicamente relevante.

Asseverou-se que a idéia de pessoa passou a ser centralizada numa dimensão existencial, sendo identificada com a concepção do próprio ente enquanto ser humano, que, como tal, detém personalidade humana e, especialmente, uma dignidade, uma individualidade e uma pessoalidade a serem protegidas; estabelecendo-se, com isso, uma distinção entre personalidade jurídica.

Concorrentemente, apurou-se que a proteção que o Direito foi alcançando à pessoa segundo os seus diferentes significados também foi sendo objeto de contínua elaboração jurídica. Averiguou-se que, se a sua gênese pode ser encontrada no pensamento jurídico da antiguidade, nas figuras da *hybris* grega e da injúria romana, a Idade Média não trouxe grande contribuição à proteção da personalidade humana e o Direito Moderno negou à pessoa humana qualquer relevância jurídica, exceto na condição de cidadão e em função de uma liberdade de natureza política.

Atestou-se que, contemporaneamente, por força da quebra daqueles paradigmas e das ofensas cada vez mais graves e mais freqüentes praticadas contra o homem, atingindo-o nos aspectos mais essenciais da sua humanidade e da sua individualidade, surgiu, a partir do último quadrante do século XIX, a preocupação em protegê-lo segundo a inspiração das concepções delineadas pela Escola do Direito Natural entre os séculos XVII e XVIII.

Constatou-se que, não obstante a atenção estar voltada à dimensão existencial da pessoa humana, o desenvolvimento da teoria dos direitos da per-

sonalidade foi realizado sob o enfoque de duas teorias dogmaticamente arraigadas às categorias jurídicas da modernidade construídas sob o foco patrimonialista.

Sob essa perspectiva, demonstrou-se todas as discussões originárias dessa incompatibilidade teórica, seja quanto à sua denominação, seja quanto ao reconhecimento da própria existência dos direitos de personalidade, seja quanto à imputação de natureza jurídica a esses direitos, enquanto direitos de que a pessoa humana goza, originariamente, sobre a formação e o desenvolvimento da sua própria personalidade humana.

Nessa seara, considerando a abordagem da sistematização dos direitos de personalidade frente às duas teorias pelas quais, classicamente, foi ordenado o seu reconhecimento como categoria jurídica e o seu enquadramento nos diferentes sistemas jurídicos, constatou-se que a Teoria Tipificadora, à qual aderiu grande parte dos países marcados por codificações oitocentistas, dentre os quais o Brasil, sob o fundamento do positivismo jurídico e da sua conseqüente tutela bipartida em direitos públicos de personalidade e direitos privados de personalidade, acabou sendo insuficiente à regulamentação da tutela da personalidade humana em um mundo marcado por complexidade e dinamismo. E isso, tanto quando ainda se centralizava a normatividade civil na codificação civil, e a insuficiência daquela derivava da reduzida tipificação, como quando a normatividade civil passou a ser vista sob um modelo descentralizado, e houve uma efetiva ampliação na tipificação dos direitos de personalidade.

Ainda, constatou-se que a Teoria do Direito Geral de Personalidade, se encontrou guarida em alguns ordenamentos jurídicos do século XIX, esse posicionamento foi excepcional, na medida em que a maior parte dos ordenamentos, sofrendo a influência do pensamento da Escola Histórica do Direito e do próprio positivismo jurídico, negou o reconhecimento da existência do direito geral de personalidade e o reconhecimento dos próprios direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos; e que, se permaneceu adormecida até meados do século XX, passou a ser novamente objeto de estudos e discussões doutrinárias, na última metade do século XX, em face da necessidade de ampla proteção

da personalidade humana e das limitações que, com o tempo, foram caracterizando as espécies tipificadas dos direitos de personalidade.

Constatou-se, ainda, que a Teoria do Direito Geral de Personalidade, sob a inspiração daquelas construções doutrinárias, acabou sendo objeto de reconhecimento normativo no direito de países europeus, especialmente em nível de dispositivos constitucionais.

Averiguou-se que essas teorias tradicionais pelas quais os direitos de personalidade foram sistematizados na forma atomística, como uma pluralidade de direitos, e, na visão unitária, como um direito único relativo à personalidade como um todo, foram concebidas em razão de sistemas jurídicos ainda marcados pela clássica separação do direito público e do direito privado, e pela centralização do direito privado na codificação civil de cada país. E, ainda, que foram construídas segundo a base das categorias jurídicas elementares da relação jurídica clássica, sendo perspectivados segundo a natureza de direitos subjetivos pessoais absolutos.

Ainda, demonstrou-se que, pela superação da distinção entre direito público e direito privado em favor de um enfoque unitário da ordem jurídica e a descentralização do direito privado em normas jurídicas extravagantes, com a posterior centralização em face do diploma constitucional, exige-se uma reconstrução da teoria dos direitos de personalidade, com base numa ressystematização que considere sobre a necessidade da positivação da tutela, a distinção entre direitos da personalidade privados e públicos, a melhor forma de instrumentalização da tutela na ordem unitária e a viabilidade de implantação de sua tutela nessa nova ordem.

Por fim, concluiu-se que essa ressystematização reclama, não uma total negação e completo afastamento das bases sobre as quais foram assentadas as teorias clássicas, mas um processo de reflexão que, num movimento de reelaboração, selecione o que de melhor havia naquelas e acresça o que se fizer necessário.

Concluiu-se, assim, que a ressystematização deve partir da premissa da unitariedade das categorias dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade ditos “privados”, considerando seu objeto e finalidade comuns, e da sua ampla proteção pelo direito, exibindo-se a proposta que doutrinariamente vem sendo formulada, no sentido de alcançar essa unidade com base na admissão de um direito geral de personalidade que, referindo-se à personalidade humana como um todo, é reconhecido na forma de um “direito-matriz ou direito fundante”, e de direitos singulares de personalidade relativamente autônomos, mas enraizados naquele como desenvolvimentos e concretizações particulares da tutela geral da personalidade.

Esse “direito matriz”, por sua abertura, estaria apto a adaptar-se à complexidade da realidade concreta e da personalidade humana, incluindo aspectos e manifestações da personalidade não tipificados em face da sua ilimitabilidade e abrangendo as situações de atentado sempre inovadas em razão da sua dinamicidade e da própria vida social.

Por outro lado, também seria um espectro suficiente oportuno à tarefa hermenêutico-jurídica destinada à definição, em concreto, do conteúdo da personalidade humana, viabilizando o reconhecimento, a avaliação e a recepção dos dados naturalístico-culturais relativos à essência e à existência da pessoa humana, e a sua limitação em função dos valores juridicamente objetivados pela norma protecionista da personalidade, sem desconsiderar as condições específicas do tempo e do lugar no qual são recolhidos.

Concluiu-se, ainda, que esse direito unitário, sob o fundamento de um personalismo ético, não exigiria ao reconhecimento da sua existência, que encontrasse expressa positivação no sistema jurídico, e poderia ser facilmente enquadrado segundo a natureza de um direito subjetivo, em que pese vozes doutrinárias dissonantes dessa perspectiva.

Concluiu-se, da mesma forma, considerando a tentativa de estabelecer a tutela ampla e homogênea da personalidade humana, que permanece uma posição de complementariedade e dependência entre os normativos constitucionais e pelos normativos civis, notadamente diante do caráter normativo reconhe-

cido ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de aqueles serem direitos de personalidade alçados à categoria de princípios constitucionais e de os direitos privados de personalidade desempenharem o papel de instrumento de concretização daqueles.

Por fim, concluiu-se pela possibilidade de proceder a essa ressystematização da teoria dos direitos de personalidade perante o sistema jurídico brasileiro em torno do direito geral de personalidade, como direito-matriz fundante das especialidades considerando as inovadoras disposições inseridas no Código Civil brasileiro de 2002, e a ampla tutela conferida à personalidade humana pela Constituições Federativa do Brasil de 1988, seja por conta do seu extenso catálogo de direitos fundamentais, seja pela inserção, logo no seu pórtico, da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Em suma, após uma ampla e genérica exposição e análise do reconhecimento e da proteção estendidos à pessoa pelo Direito, concluiu-se que, em face da noção contemporânea de pessoa e personalidade humanas e dos fenômenos da repersonalização e constitucionalização do direito, impõe-se um processo de ressystematização da teoria dos direitos de personalidade, tendo como foco, constante, os valores da igualdade da liberdade jurídicas e o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997. v.1.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5 ed. rev. atual. e aum. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.
- ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 342, ab-jun 1998, p. 121-129.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931. v. 1.
- BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, 444p.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, 161p.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 78, out-dez 1996, p. 5-21.
- CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, out-dez 1977, p. 23-42.
- _____. Direitos da personalidade. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, jul-set 1977, p. 57-72.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coordenação); RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et. al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DÍAZ, Elíaz. **Sociologia y filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1989.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1980, v. 1.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. O Chamado Direito Civil Constitucional. In: COSTA, Judith Martins (Org). **A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro** (lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

HESPANHA, Antônio Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. Coimbra: **Vértice**, n. 340-1-2, Coimbra, 1972.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade: aspectos gerais. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, jan-mar 1978.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 5. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 7.

_____. **Tratado de direito privado**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 1.

OLIVEIRA, José Lamartine de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 19, 1978-1980.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 314, dez-2003.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROUANET, Sérgio Paulo. Ilustração e modernidade. In: _____. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para reforma legislativa. In: _____. **Problemas de Direito Civil – Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 65, p. 21, jul/set. 1993.